

I. Austr.

12. 12

J. A. H. 12 pr

Frankl.

DIE
FORMERFORDERNISSE
DER
SCHENKUNG

NACH
ÖSTERREICHISCHEM RECHTE

VON

DR. OTTO FRANKL

PRIVATDOCENTEN AN DER DEUTSCHEN UNIVERSITÄT ZU PRAG.

GRAZ 1883

LEUSCHNER & LUBENSKY

K. K. UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG.



Buchdruckerei Styria in Graz.

INHALT.

	Seite
§ 1. Einleitung	I
§ 2. Begriff der Schenkung	5
§ 3. Die Form der Schenkung	18
§ 4. Die Realisirung der Schenkung	51
I. Die Schenkung durch Eigenthumsübertragung	53
A. Bei beweglichen Sachen	53
B. Bei Immobilien	77
II. Die Schenkung durch Bestellung, Uebertragung oder Aufhebung eines jus in re	92
III. Die Schenkung durch Besitzeinräumung	100
IV. Die Schenkung durch Begründung, Uebertragung oder Aufhebung eines Forderungsrechtes	101
A. Das Schenkungsversprechen	101
B. Die schenkungsweise Cession	116
C. Der schenkungsweise Schulderrlass	124
V. Die schenkungsweise Uebertragung von Bergbe- rechtigungen	128
VI. Die schenkungsweise Uebertragung von Immate- rialgüterrechten	129
A. Die gewerblichen Urheberrechte	134
B. Das literarische und künstlerische Urheberrecht	138
VII. Die Schenkung durch indirecte Vermögenszuwen- dung	144
§ 5. Besondere Arten der Schenkung	148
§ 6. Die Wirkungen der Formverfehlung	156

INHALT

1	Einleitung	1
2	Die Entstehung der Sprache	2
3	Die Entwicklung der Sprache	3
4	Die Bedeutung der Sprache	4
5	Die Sprache als Werkzeug	5
6	Die Sprache als Kunst	6
7	Die Sprache als Wissenschaft	7
8	Die Sprache als Religion	8
9	Die Sprache als Philosophie	9
10	Die Sprache als Politik	10
11	Die Sprache als Ethik	11
12	Die Sprache als Ästhetik	12
13	Die Sprache als Pädagogik	13
14	Die Sprache als Medizin	14
15	Die Sprache als Recht	15
16	Die Sprache als Wirtschaft	16
17	Die Sprache als Kultur	17
18	Die Sprache als Lebensweise	18
19	Die Sprache als Weltanschauung	19
20	Die Sprache als Mensch	20

§ 1. Einleitung.

»Es ist ein oftmals ausgesprochener Gedanke, dass der Entwicklungsgang des Menschengeschlechtes uns das Bild einer langsam aufsteigenden Spirale darbietet, die aufwärts laufend und wieder rückwärts wendend um einen festen Punkt sich aufwärts bewegt. Auch wer den Entwicklungsgang eines Zweiges des Geisteslebens, einer Wissenschaft in grossen Zeiträumen überschaut, nimmt wahr, wie die energisch vorwärtsstrebenden Bahnen sich in anfänglich kaum wahrnehmbarer Krümmung rückwärts wenden und zu dem Punkte, von welchem sie ausgiengen, zurückzukehren scheinen. Dem schärfer blickenden Auge freilich entgeht es nicht, dass der scheinbar gleiche Punkt dennoch eine Stufe oberhalb des verlassenen liegt und dass auch die rückläufige Bewegung die Richtung nach oben nicht verloren hat.« ¹⁾

Ein schlagendes Argument für die Richtigkeit dieser Worte bietet die Frage nach der Form, richtiger gesagt nach der Förmlichkeit der Rechtsgeschäfte. Auch hier scheint gerade in unseren Tagen die Rechtsentwicklung wieder ihrem Ausgangspunkte sich zu

¹⁾ Stintzing, Wendungen und Wandlungen der Deutschen Rechtswissenschaft S. 5.

nähern. Wie das Rechtsgeschäft nach altrömischem Rechte nicht war, wenn es nicht förmlich war, wie eingehendere Studien der letzten Jahre zu derselben Erkenntniss auch für das deutsche Recht drängten,¹⁾ so mehren sich in Leben, Wissenschaft und Gesetzgebung die Stimmen, welche die Rückkehr zum alten, nicht zuletzt durch den Einfluss des Naturrechts verdrängten Formalismus erstreben und verkünden:²⁾ aber

¹⁾ Vgl. statt Aller die literarhistorischen Notizen bei Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge S. 5 u. ff. und dazu noch Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter, I. S. 43 u. ff. 210 u. ff. Romanisten und Germanisten S. 21.

²⁾ Ueber die ethische und legislativ-politische Bedeutung der Form vgl. vor Allem die bahnbrechenden und wegweisenden Ausführungen von Ihering, Geist des Römischen Rechts, 3. Aufl., II. 2. S. 470 u. ff. dann die ziemlich gleichzeitig damit erschienene und darum wohl nicht nach Verdienst gewürdigte (vgl. Ihering a. a. O. S. 472, N. 648 und Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, II. S. 113, N. 1), bei allen Bedenken gegen dieselbe immer um ihres Grundgedankens und ihrer Tendenz willen achtungswerthe Schrift von Völderndorff, Die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und den positiven Rechten (Nördlingen 1857) insbes. S. 27 u. ff. 101, die allerdings nur kurzen Bemerkungen von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, III. S. 238. Obligationenrecht, II. 219. Pfaff und Hofmann, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, II. S. 132. Seuffert a. a. O., S. 168 u. ff. Franken, Romanisten und Germanisten S. 24, 25. Den Artikel »Volkswirthschaft und Beurkundung der Rechtsgeschäfte« in der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Oesterreich 1880, Nr. 22 u. ff. Ueber Formvorschriften im positiven Recht vgl. Unger, System, II. S. 113 und ff. Schiffner, Lehrbuch des österreichischen allgemeinen Civilrechts, I. Heft 5. S. 31 u. ff. Hasenöhr, Oesterreichisches Obligationenrecht, I. S. 619 u. ff. Stobbe, Deutsches Privatrecht, III. S. 127 u. ff. Regelsberger, Civilrechtliche Er-

es ist dies keine blosser Rückkehr mehr und der Formalismus, wie wir ihn erstreben und erreichen werden, ist nicht identisch mit dem altrömischen. Wir dürfen bei aller Feinfühligkeit und allem liebevollen Eingehen auf die Bedeutung dieses letzteren es uns doch nicht verhehlen, dass er dem in einem noch jungen Rechtsleben so natürlichen Hange für greifbare Formen, einer gewissen Unfähigkeit zu abstracten Vorstellungen, einer Schwäche der Sinne, ohne äussere Hilfsmittel das übersinnliche durch's Recht von Mensch zu Mensch geschlungene Band wahrzunehmen, entsprungen ist,¹⁾ und die classischen Worte, welche Ihering in seinem Plaidoyer für das römische Recht nach der Vergangenheit gesprochen,²⁾ gelten in eigentlichem Sinne und in vollem Umfange erst für Gegenwart und Zukunft. Unser Formalismus ist nicht mehr »ein Nothbehelf des nach dem Ausdruck ringenden Geistes«, nicht mehr »das Wohlgefallen an der Aeusserlichkeit«;³⁾ er ist ein Product nicht der Sinnlichkeit, sondern der Praktikabilität, getragen durch die Erkenntniss von dem Uebergewichte der Vortheile der Förmlichkeit über deren Nachtheile, er ist, mit einem Worte, nicht naiv, sondern tendentiös.⁴⁾

örterungen S. 134 u. ff. Koch, Recht der Forderungen, II. S. 137 u. ff. Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, 2. Aufl., I. S. 190 u. ff.

¹⁾ Vgl. Ihering a. a. O. S. 504 u. ff. Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio S. 64. Völderndorff a. a. O. S. 30.

²⁾ A. a. O. S. 493—503.

³⁾ Ihering a. a. O. S. 508.

⁴⁾ Vgl. Gerber, System des Deutschen Privatrechts, II. Aufl., S. 429.

Diese Erkenntniss aber ist noch jung,¹⁾ ihre Verwerthung in der Gesetzgebung noch jünger²⁾ und erst in den allerjüngsten Tagen hat die österreichische Legislation begonnen, mit dem seinerzeit mit besonderer Genugthuung verkündeten Principe des § 883 a. b. G. B.³⁾ zu brechen. Es geschah dies allerdings zunächst durch ein Gesetz, welches — doppelt gefährlich gerade bei der Statuirung von Formvorschriften — in formeller Beziehung zu den schlechtesten gehört, die unser gewiss nicht unfruchtbarer Gesetzgebungsapparat hervorgebracht hat,⁴⁾ allein dass es überhaupt geschah und dass es im Grossen und Ganzen zum mindesten in dem Umfange geschah, den uns das Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76. R. G. Bl. darstellt, kann trotz des dagegen von Laien und Juristen erhobenen Widerspruches nur entschiedene Billigung

¹⁾ Vgl. Pfaff und Hofmann, Commentar, II. S. 135.

²⁾ Noch in der Dresdener Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechts ward keine Stimme laut, welche dem Bedürfnisse nach festeren Vertragsformen Ausdruck gegeben hätte. Vgl. den Art. 76 des Entwurfes zweiter Lesung und hiezu die Protokolle, S. 4063.

³⁾ Zeiller, Vorbereitung zur neuesten österreichischen Gesetzkunde, II. S. 206 u. ff. insbes. S. 210. Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, III. S. 57, 58. Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht, IV. S. 42. Nippel, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, VI. S. 84. Stubenrauch, Commentar zum allgemeinen österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche, 3. Aufl., III. S. 39. Vgl. auch die bei Pfaff und Hofmann, Commentar, II. S. 135 citirten Hfd. vom 2. October 1812 und Hfd. vom 11. December 1818.

⁴⁾ Schiffner, a. a. O. S. 28 N. 53. Kirchstetter, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Aufl. S. 441, N. 8.

finden, und es ist nun unsere Aufgabe, dadurch, dass wir die meritorischen Bestimmungen dieses Gesetzes unbefangen würdigen und unserem Privatrechtssystem einfügen, jenem Ansturm zu begegnen und die ruhige Verfolgung des einmal betretenen Weges im Interesse der Kräftigung des Rechtsbewusstseins im Volke und der Besserung unserer Rechtspflege dauernd und ausreichend zu sichern. Hiezu wollen die folgenden Blätter einen Beitrag liefern: ihr unmittelbarer Gegenstand ist die Darstellung jenes Rechtszustandes, welcher durch das Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl. für die Schenkung sich ergeben hat.

§ 2. Begriff der Schenkung.

Der Sprachgebrauch des Verkehres nennt jede Liberalität eine Schenkung.¹⁾ Wenn die Rechtswissenschaft diesen Begriff als einen zu weiten bezeichnet und hievon eine Schenkung im eigentlichen oder juristischen Sinne unterscheidet,²⁾ so hat dies weniger eine logische und juristische, als vielmehr eine technische Bedeutung und einen historischen Ursprung.

Das römische Recht, welches überhaupt das Knochengerüste unseres Rechtssystems geblieben ist,

¹⁾ Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1. Aufl., II. S. 1543. Savigny, System, IV. S. 15.

²⁾ Vgl. beispielsweise Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., II. S. 378, 380. Baron, Pandekten, (2. Aufl.), S. 111. Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl., S. 110. Unger, System, II. S. 189. Dernburg, Preussisches Privatrecht, II. S. 412. Hofmann, Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis S. 10, N. 74.

hat — und in der Lehre von der Schenkung vielleicht noch mehr als in anderen Gebieten — auch zu dessen Ausfüllung mit Fleisch und Blut beigetragen.

Mit dem Schenkungsverbote zwischen Ehegatten ¹⁾ war den römischen Juristen die Aufgabe geworden, dasselbe *salva lege* den gegebenen Verhältnissen anzupassen. Das Bestreben, das einmal bestehende Verbot nicht zu einem Verkehrshindernisse werden zu lassen, also das Bedürfnis, nicht Alles, was Freigebigkeit ist, unter Ehegatten auszuschliessen, dann aber wiederum die Scheu, nicht etwa durch Statuirung von Ausnahmen die Autorität des Verbotes selbst zu untergraben, führte dazu, dass man, anstatt zu sagen, nicht jede Schenkung sei zwischen Ehegatten verboten, erklärte, nicht jede Freigebigkeit sei Schenkung, und also behufs ausnahmsloser Anwendung des Verbotes einen besonderen engeren Schenkungsbegriff aufstellte,²⁾ ³⁾ welcher sohin als Substrat auch noch für

¹⁾ Vgl. darüber vor Allem Hofmann in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, VIII. S. 286 u. ff. Savigny, System, IV. S. 165 — 195. Brinz, Pandekten, II. S. 1303. Koepfen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, S. 125 u. ff. Ogonowski, Oesterreichisches Ehegüterrecht, I. S. 335 u. ff.

²⁾ Ueber diesen Gedankengang vgl. insbesondere Hofmann a. a. O. S. 287. Brinz, Pandekten, II. S. 1307, 1543. Savigny, System, IV. S. 165. Dass dieser engere Schenkungsbegriff in erster Linie thatsächlich nur einem Bedürfnisse der juristischen Technik entspricht, erhellt klar aus der Lectüre von Savigny, System, IV. S. 4, 5. Es ist dies derselbe Gedankengang, welcher, freilich in umgekehrter Richtung, die Fiction auf dem Rechtsgebiete beherrscht (Demelius, Die Rechtsfiction in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung S. 38 u. ff., 59, 77) und auf analoger Technik beruht die von neueren Juristen beliebte Erweiterung des Besitzbegriffes behufs Umfassung des sog. abgeleiteten Besitzes (vgl. dar-

andere specifisch schenkungsrechtliche Sätze (Formvorschriften, Widerrufsrecht) erschien.⁴⁾

In diesem engeren juristisch-technischen Sinne nun ist Schenkung jedes liberale Rechtsgeschäft, durch welches intentionsgemäss das Vermögen des einen Theiles verringert, das des anderen vermehrt wird.

Dies ist aber nicht nur der Schenkungsbegriff, mit welchem die römischen Juristen operiren, sondern

über Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte, 3. Aufl., S. 22 in der Note und Windscheid, Pandekten, I. S. 454 und N. 7.) und die von Stintzing (Das Wesen von bona fides und titulus in in der römischen Usucapionslehre S. 59, 123) inaugurierte und seit-her mit grösseren oder geringeren Modificationen acceptirte (Baron, Pandekten S. 228. Arndts, Pandekten S. 250. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, II. S. 29 u. ff. Schirmer in der Zeitschrift für Civilrecht und Process, XV. S. 229 u. ff. Windscheid, I. S. 561. Für das österreichische Recht glauben Žrodowski, Untersuchungen aus dem österreichischen Civilrecht, S. 10 und Exner Das Publicitätsprincip S. 34, diese Anschauung theilen zu müssen, dagegen aber Randa, právo vlastnicke, 3. Aufl., S. 88, Nr. 20.) negative Fassung des Begriffes der bona fides zu dem Zwecke, um in den anerkannten Ersitzungsfällen der l. 2, § 2. D. pro emptore 41. l. 48. D. de usurp. et usucap. 41. 3. l. 44. § 4. D. eodem. l. 25. D. de don. inter vir et ux. 24. 1. l. 28. D. de nox. act. 9. 4. (Baron, Pandekten S. 228) die bona fides zu finden.

³⁾ Doch finden sich bei den römischen Juristen auch Ausnahmen, in welchen sie ein Rechtsgeschäft für eine donatio erklären, auf welche jedoch gewisse Sätze des Schenkungsrechts nicht anwendbar seien; vgl. z. B. l. 3. D. pro donato 41. 6; l. 18, l. 25. D. de don. i. vir. et ux. 24. 1. l. 5. §§ 13, 14. D. eodem (dagegen aber l. 31, §§ 6, 7. D. eodem), l. 17. D. eodem (dagegen l. 11. D. de don. 39, 5) und darüber Savigny, System, IV. S. 13, 14.

⁴⁾ Savigny, System, IV. S. 5 u. ff. Arndts, S. 111, 112. N. 4. Baron, S. 114. Brinz, II. S. 1543. Keller, Pandekten, 2. Aufl., bes. v. Lewis, I. S. 151, N. 1.

auch der des heutigen Rechts; denn nachdem jene historische Entwicklung einmal abgeschlossen war, war dieser zu einem bestimmten Zwecke geschaffene engere Begriff zum juristischen Schenkungsbegriffe als solchem geworden,¹⁾ den wir auch in den modernen Codificationen wiederfinden, und es hat diese Erscheinung um so höhere innere Berechtigung, als ja auch das moderne Recht Rechtssätze kennt, welche mit Rücksicht nur auf den engeren Begriff der donatio aufgestellt wurden und die auch nur für diesen als rationell angesehen werden können: Formalerfordernisse und Widerrufsrecht.²⁾

Dass dies auch für das österreichische Recht gilt, erhellt unzweifelhaft aus den §§ 939 und 1008 a. b. G. B., welche zwischen der eigentlichen Schenkung und der einfachen unentgeltlichen Aufgabe eines Rechts sehr wohl unterscheiden.³⁾

Die charakteristischen Merkmale der Schenkung, aus welchen sich deren Begriff zusammensetzt, sind sohin folgende:⁴⁾

¹⁾ Damit soll aber nicht gesagt sein, dass der Schenkungsbegriff des täglichen Lebens dem Rechte gänzlich fremd ist, vgl. Dernburg, II. S. 412.

²⁾ Unger, II. S. 189. Dernburg, II. S. 412.

³⁾ Man beachte den wohl durch Allg. Preuss. L. R. I. 11, § 1039 beeinflussten Unterschied zwischen § 939 a. b. G. B. und III. 2, § 62. w. g. G. B. In III. 4, § 111. w. g. G. B., welcher dem gegenwärtigen § 1068 a. b. G. B. zu Grunde liegt, ist wohl die Aufhebung von Rechten, nicht aber auch die Schenkung erwähnt. Vgl. hierüber Unger, II. S. 202 in der Anmerkung.

⁴⁾ Vgl. über den Begriff der Schenkung Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen nach dem Römischen Recht, I. S. 9—34, Savigny, IV. S. 23—104. Brinz, II. S. 1543 u. ff. Windscheid,

1. Die Schenkung ist eine Liberalität, also ein freiwilliger und unentgeltlicher Act, durch welchen Jemandem eine Zuwendung gemacht wird;

2. diese Zuwendung muss das Vermögen des Schenkers vermindern, das des Beschenkten erhöhen;

3. sie erfordert den animus donandi seitens des Schenkers und

4. den entsprechenden auf Annahme der Schenkung gerichteten animus des Empfängers.

Die Schenkung ist nach österreichischem Rechte ein Vertrag, es ist dies in den §§ 938, 939 a. b. G. B. klar ausgesprochen und erhellt auch aus den §§ 943, 944, 946, 954, 956, 1381 a. b. G. B.¹⁾

II. S. 378—381. Keller, I. S. 151 u. ff. und von österreichischen Schriftstellern, Unger, II. S. 190 u. ff. Swoboda, Historisch-dogmatische Erörterungen praktischer Rechtsfälle S. 106. Nippel, VI. S. 210. Stubenrauch, III. S. 103. Kirchstetter, S. 462.

¹⁾ Dies ist unbestritten (Zeiller, III. S. 155. Nippel, VI. S. 210, 211, 213. Winiwarter, IV. S. 112, 113. Stubenrauch, III. S. 102, 104 lit. g. Kirchstetter, S. 463. Unger, II. S. 197. vgl. auch die Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes vom 9. April 1878 Gerichtshalle 1879, S. 112) und gilt auch für das preussische (A. Pr. L. R., I. 11, §§ 1058 u. ff. Dernburg, II. S. 418) und französische Recht (Zachariae, Handbuch des französischen Civilrechts, 6. Aufl., herausgegeben von Puchelt, IV. S. 197). Nach römischem Recht ist die Frage bekanntlich streitig. Für die hier vertretene Meinung l. 18. D. de reb. cred. 12. 1. (Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias, donationem non esse) l. 55. D. de O. et A. 44. 7. l. 19. § 2. D. de don. 39. 5. l. 1. § 6. D. si quid in fraud. patr. 38, 5. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 3. Aufl., bes. v. Kuntze, III. S. 471. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., I. S. 174 u. ff. Arndts, S. 112, N. 3. Brinz, II. S. 1546. Windscheid, II. S. 381 N. 5. Bruns, in Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., I. S. 410. Lotmar, Ueber causa im römischen Recht S. 146. Cohen, Die Lehre

Hiebei entsteht aber sofort die schon ob ihrer Relevanz für die folgende Untersuchung einer näheren Erörterung bedürftige und würdige Frage, ob die

des römischen Rechts von der Schenkung von Todeswegen, S. 30 u. ff. Dagegen Meyerfeld, I. S. 34, welcher der Schenkung als solcher den Vertragscharakter überhaupt abspricht (« . . . so ist die s. g. Annahme (das *consentire*, *convenire*) in dem Sinne und zu dem Zwecke, wie solche bei den s. g. onerosen Geschäften vorkommt, bei der Schenkung als solcher nicht nur nicht nöthig, sondern auch nicht einmal denkbar»). Eine Mittelmeinung vertreten Savigny, IV. S. 145, wohl auch Baron, S. 113, 114 und in besonders eindringlicher Weise Keller, I. S. 157. Sie halten dafür, dass die Schenkung dann ein Vertrag sei, wenn sie sich in einem solchen vollziehe, dann aber ein einseitiges Geschäft, wenn sie in einem solchen beschlossen sei. Allein so bestechend diese Lehre auch ist, so kann ich sie doch nicht als richtig zugeben: es kommt nicht darauf an, ob mit der Setzung dieses einseitigen Rechtsgeschäftes eine Rechtswirkung überhaupt verbunden ist, sondern ob diese Wirkung eben in dem Vorhandensein einer Schenkung mit allen Consequenzen derselben besteht. Vgl. Brinz, II. S. 1546. Unger, II. S. 196 insbes. N. 29. Es ist eben nicht jedes (einseitige) Rechtsgeschäft *ex causa donationis* darum auch schon wirklich eine *donatio*, dies wird es erst durch nachträgliche Zustimmung des Empfängers (Winiwarter, IV. S. 113: »Die Verzichtleistung ohne Uebertragung des Rechts ist ein bloss einseitiger Act, kein Vertrag, folglich auch keine Schenkung. Es ist hingegen eine wahre Schenkung, wenn die Verzichtleistung oder Uebertragung in der Absicht geschah, dass der Andere dadurch zur Annahme befugt werde und diese wirklich erfolgt«); bis dahin ist Letzterer wohl bereichert (l. 8. D. de nov. 46. 2. l. 23. l. 91. D. de sol. 46, 3.), aber nicht beschenkt («Non potest liberalitas nolenti acquiri» l. 19. § 2. D. de don. 39, 5). Die Savigny-Keller'sche Lehre erscheint in § 1054 sächs. b. G. B. recipirt: »Bei Schenkungen, welche auf Vertrag beruhen, insbesondere bei solchen, welche durch Uebertragung des Gegenstandes der Schenkung, Versprechen einer Leistung und durch Erlass einer Schuld erfolgen, ist Annahme des Beschenkten erforderlich. Bei anderen Arten der Schenkung bedarf es keiner Annahme.«

Schenkung ein concreter Vertrag oder aber ein allgemeiner Charakter sei und lediglich als causa jener Rechtsgeschäfte in Betracht komme, welche um ihrer und des durch sie zu realisirenden Erfolges willen vorgenommen werden.

Letzteres ist die herrschende, von der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller ¹⁾ zumeist ohne Prüfung wiederholte und einzig mit dem Verweise auf den Umstand gestützte Lehre, dass ja die Schenkung im Gewande der manigfachsten Rechtsgeschäfte erscheinen könne, erstere Anschauung wird nur vereinzelt, jedoch in gründlicher Darstellung und in lebhafter Polemik gegen die eben erwähnte Auffassung vertreten.²⁾

Ich für meine Person halte jene Fragestellung für verfehlt und die von Brinz gegen jene Fassung erhobene Opposition für kaum mehr als einen blossen Wortstreit.

Brinz führt aus, die Schenkung sei keine blosse Charakterisirung irgend welcher anderer Geschäfte, sondern selbst Geschäft, und zwar stets ein concretes Geschäft, so gut wie Kauf, Miethe, Commodat u. s. f. Allein bestreiten vielleicht Savigny und seine Anhänger der Schenkung die reale Existenz und besagen

¹⁾ Hieher gehören Savigny, IV. S. 3, 104. Vangerow, I. S. 177. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 3. Aufl., I. S. 198, 202. Keller, I. S. 157. Völderndorff, Die Form der Rechtsgeschäfte S. 59. Hofmann, Die Lehre vom titulus und modus acquirendi und von der iusta causa traditionis S. 81 u. ff. Ihering, Der Zweck im Recht, I. S. 275. Hruza, Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht. S. 51, 59.

²⁾ Brinz, II. S. 1542, 1543, Windscheid, II. S. 384, N. 18.

sie mit dem Dogma, die Schenkung sei ein allgemeiner Charakter, etwas anderes als Brinz mit den Worten, sie sei ein bewegliches Geschäft? Dass es wie in der Natur so auch im Rechtsleben nicht abstracte Schemen, sondern immer nur ganz concrete Rechtsgebilde gibt, dass auch auf diesem Gebiete nicht Begriffe, sondern nur Individuen ein reales Leben führen, die sich erst im Auge des denkenden Beobachters zu Gruppen einigen, ist füglich unbestreitbar,¹⁾ und es steht nicht minder fest, dass, wenn wir von gewissen positivrechtlichen Regeln absehen, alle Rechtsgeschäfte, welche wir Schenkung nennen, nur durch die Einheitlichkeit ihres Charakters²⁾ zusammengehalten werden. Ob man nun über die Frage nach der Wesenheit der donatio gegenüber der Mannigfaltigkeit der Einzelercheinungen mehr die Gemeinsamkeit des Stoffes hervorhebt, oder aber gegenüber der Einheit des Charakters die Verschiedenartigkeit des Apparates betonen zu müs-

¹⁾ Vgl. auch Hofmann a. a. O. S. 81.

²⁾ Ich vermeide mit Absicht die Bezeichnung der Schenkung als eines wirthschaftlichen Charakters. Denn wenn man in der Rechtswissenschaft von einem wirthschaftlichen Charakter, von wirthschaftlichen Interessen u. dgl. spricht, so legt man diesem Worte »wirthschaftlich« regelmässig jenen Sinn unter, den es speciell in der Volkswirthschaftspolitik hat, nennt also jene Thätigkeit wirthschaftlich, die nach den Grundsätzen der eben genannten Wissenschaft als für die Einzel- oder Volkswirtschaft förderlich erscheint (in diesem Sinne gebrauchen das Wort Brinz, II. S. 1543 Hruza a. a. O. S. 57). Jene Zwecke aber, deren Vorstellung zum Grunde von Rechtsgeschäften wird, gehören principiell in gleicher Weise, wenn auch nicht in gleichem Umfange, dem wirthschaftlichen, religiösen und moralischen Gebiete an.

sen glaubt, scheint mir denn doch im Wesen auf dasselbe hinauszukommen: ein Unterschied besteht nur in dem Ausgangspunkte der Betrachtung, nicht in deren Resultate.

Sachliche Differenzen enthalten die von Windscheid vorgebrachten Bedenken. Dieser Schriftsteller erblickt in der donatio einen obligatorischen Vertrag, nicht einen allgemeinen Charakter (»die Schenkung ist gerade so sehr und gerade so wenig ein allgemeiner Charakter von Rechtsgeschäften, wie der Kauf es ist«) und die Begründung dieser Aufstellung fällt zusammen mit der Einstellung der Schenkung in den speciellen Theil des Obligationenrechts.

Windscheid zieht zunächst die Analogie der dos heran. »Ich möchte zunächst fragen, ob man, wenn man nicht für die Lehre von der Dos einen auch meiner Ansicht nach durchaus passenden Platz im Familienrechte hätte, auch sie in den allgemeinen Theil zu stellen geneigt sein würde?« Darauf aber ist zu entgegnen, dass die Dos als solche begrifflich und nicht bloss zufällig einen speciell familienrechtlichen Zweck hat und sohin unter allen Umständen in das Familienrecht gehört, und dass es mir müssig scheint zu untersuchen, an welcher Stelle des Systems sie zu behandeln sein würde, wenn sie eben nicht das wäre, was sie ist. Dass die Schenkung aber ein obligatorischer Vertrag sei, ist damit um so weniger bewiesen, als dies ja auch nicht von der Bestellung einer Dos behauptet wird.

Windscheid fragt ferner: »Würde man, wenn es in Betreff des Darlehens ausser dem SC. Macedonianum noch drei oder vier andere beschränkende

Vorschriften gäbe, die Lehre vom Darlehen deswegen weniger in das Obligationenrecht stellen wollen?« Allein Niemand hat noch die Auffassung der Schenkung als eines obligatorischen Vertrages ob des Vorhandenseins der sie erschwerenden Vorschriften abgelehnt. So erübrigt denn nur die Berufung auf den Kauf. Gehört dieser aber in das Obligationenrecht etwa darum, weil er zufällig oder auch regelmässig eine Verbindlichkeit erzeugt, oder nicht vielmehr deswegen, weil er als solcher von obligatorischer Structur ist? Windscheid hat das Beispiel nicht erwähnt, es lag ihm aber offenbar im Sinne, dass Jemand in einem Kaufladen mit der einen Hand die bereit liegende mit dem Preise bezeichnete Waare ergreift, zugleich mit der anderen den entsprechenden Kaufpreis hinlegt. Worin, könnte man fragen, liegt hier die obligatorische Natur des Geschäftes, warum soll dieser Vorgang eine Obligation, ein ganz concretes Rechtsgeschäft vorstellen, die Schenkung aber, die sich in analoger Weise vollzieht (Schenkungen an einen Bettler), nur ein allgemeiner Charakter sein, und wenn man dem ersten Sachverhalte einen obligatorischen Vertrag unterlegt, warum soll man einen solchen nicht auch in jeder Schenkung erblicken können und müssen?

Dem gegenüber muss ich nun vor Allem betonen, dass wir uns dessen doch billig enthalten sollten, bei jeder Vermögensübertragung immer nach einer *causa praecedens* zu fragen und alle Vermögensübertragung im Hinblick auf die *causa* in einheitlicher Weise zu construiren. Bei genauerer Betrachtung der Sache wird sich nämlich zwischen dem in einem Augenblicke

sich vollziehenden Kaufe und der in gleicher Weise realisirten Schenkung doch ein wesentlicher Unterschied ergeben. Denn von dem ersten Falle gilt, wie man in Umkehrung eines Ulpianischen Dictum ¹⁾ sagen könnte, *celeritate conjunctas inter se actiones una actione occultari*: Spannung und Lösung, Begründungs- und Aufhebungshandlung sind in den kürzesten Zeitraum zusammengedrängt, aber doch beide vorhanden ²⁾ und dies ist nicht nur ein theoretischer Nothbehelf, sondern zeigt sich auch in manchen praktischen Consequenzen, so bei der Gewährleistung, bei einem etwa unterlaufenen Irrthum u. dgl. und es ist auf der andern Seite nicht nur ein Postulat der Billigkeit, sondern, wie ich glaube im Wesen der Sache begründet, dass der Donator, abgesehen von der Verbindlichkeit zur Leistung des geschenkten Objectes beim Schenkungsversprechen, aus der Schenkung nicht weiter verpflichtet wird.³⁾ Im zweiten Falle dagegen — und darin besteht dessen Unterschied von dem eben

¹⁾ L. 3, § 12. D. de don. i. vir. et ux. 24, 1.

²⁾ Vgl. Meyerfeld, I. S. 30. Strohal, Zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien S. 79.

³⁾ Vgl. über diese sog. Beschränkungen Savigny, IV. S. 121. Sintenis, II. S. 553, 554. Holzschuher, III. S. 489 u. ff. Windscheid, II. S. 387. Unger, II. S. 199. N. 39. Helfert, in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, 1825, B. 1. S. 111. Minasiewitz, ebenda, 1837, B. 2. S. 112, §§ 922, 1397, a. b. G. B. Die Haftung des § 945 a. b. G. B. ist aus dem Gesichtspunkte einer Delictsculpa zu erklären (vgl. hierüber übrigens Bekker im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, VI. S. 245 u. ff. Helfert a. a. O. S. 118, 119. Kirchstetter, S. 456, N. 4.), denn sie tritt gewiss nur dort ein, wo Schenkung durch Eigenthumsübertragung und nicht durch Ueberlassung der *conditio possessionis* intendirt war. Vgl. auch § 949 sächs. b. G. B.

geschilderten Falle des Kaufes — zeigt sich uns ein einheitlicher, zur Gänze im Rahmen der Gegenwart eingeschlossener Act: die *causa donandi* ist im Gegensatze zur *causa obligandi*, die man allgemeiner als *causa in futurum spectans*, und zur *causa solvendi*, die man als *causa in praeteritum spectans* charakterisiren könnte, voll und ganz eine *causa praesens*; ¹⁾ ein Rechtsgeschäft, das auf die Begründung oder Aufhebung einer *obligatio donandi* gerichtet wäre, ist undenkbar.

Hiezu tritt dann noch ein ferneres Moment. Die obligatorischen Verträge, wie sie in unseren Privatrechtssystemen in dem besonderen Theile des Obligationenrechts sich finden, sind eben so viele Typen, allen einzelnen Käufen, Darlehen, Leihverträgen, Societäten ist gemeinsam die Structur, allen einzelnen Schenkungen hingegen ist gemeinsam der Inhalt: ein jedes liberale intentionsgemäss auf Vermögensübertragung gerichtete Rechtsgeschäft ist Schenkung auch im juristisch-constructiven Sinne.²⁾ Ist vielleicht aber

¹⁾ L. 1, pr. D. de don. 39, 5. Meyerfeld, I. S. 28, 29. Gegen diese alte Dreitheilung der *causa* vgl. Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung S. 89. Pandekten, I. S. 252, Nr. 1. Arndts, S. III, N. 3, S. 395. Witte, in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, VI. S. 346. Unger, II. S. 195. N. 25. Hruza a. a. O. S. 57. Man kann die einzelnen *causae* nicht erschöpfen (so gibt es neben der *causa dotis*, *condicionis implendiae causa*, *transactionis*, auch eine *causa* der Caution [Lotmar a. a. O. S. 129], eine *causa* der Stiftung), wohl aber sie m. E. in die im Texte angegebenen Gruppen zusammenstellen, ohne sich dem von Windscheid, (Voraussetzung, S. 89, Nr. 5.) dagegen erhobenen Vorwürfe auszusetzen; vgl. auch Brinz, Pandekten, 2. Aufl.

²⁾ A. M. Hofmann a. a. O. S. 90, N. 74.

jener Vertrag, wodurch Jemand einem Anderen eine Sache zu Eigenthum überträgt, damit sie dieser nach gemachtem Gebrauche ihm rückübertrage, ein Commodat? Würden wir heute ein die Kriterien der alten *Fiducia* an sich tragendes Geschäft Pfandrecht im technischen Sinne nennen?

Sohin erweist sich die Bekämpfung der herrschenden Lehre durch Windscheid als eine erfolgreiche nicht: »ist das Bemühen Windscheid's, die Schenkung zu einem wesentlich obligatorischen Geschäfte zu machen, nicht erfolglos, dann sind alle Geschäfte obligatorisch,« ¹⁾ und umgekehrt lassen sich, wenn zwischen der *obligatio* und der *donatio* nicht unterschieden wird, alle sofort erfüllten Obligationen des obligatorischen Charakters entkleiden. Beides ist irrig: richtig scheint mir allein jene Auffassung,²⁾ welche in der Schenkung einen allgemeinen Charakter erblickt, um dessenwillen die manigfachsten Rechtsgeschäfte vorgenommen werden können, und der eben nur in einem Rechtsgeschäfte zur Erscheinung kommen kann, in dem die Schenkung nichts ist als dessen *causa*.

¹⁾ Brinz, II. S. 1546 i. f.

²⁾ Ueber den Begriff und die *causa* von Rechtsgeschäften und insbesondere Vermögensübertragungen vgl. die bei Hruza a. a. O. S. 49, N. 1. Angeführten und dazu Hruza selbst, S. 49—64. Ich für meine Person stehe im wesentlichen zu jener Lehre, welche Hofmann (a. a. O. S. 80 u. ff.) im Anschlusse an die Untersuchungen von Fitting (im Archiv für civilistische Praxis, B. 52, S. 389 u. ff.) entwickelt hat, weiche von ihm aber darin ab, dass ich dafür halte, dass es Geschäftszwecke gibt, die auch zu Typen geworden sind.

§ 3. Die Form der Schenkung.

Eben auf diese causa und ihre Bedeutung ist es zurückzuführen, wenn unser Recht für die Schenkung nebst den allgemeinen Erfordernissen ¹⁾ hinsichtlich der Personen und des Objectes, insbesondere der Dispositionsfähigkeit des Geschenkgebers, ²⁾ der Nothwendigkeit einer Specialvollmacht für den Mandatar ³⁾ auch noch ein weiteres Erfordernis in Hinsicht der Form des Vertragsabschlusses aufstellt. Um aber die Tragweite dieser Norm richtig zu erfassen, erscheint es nöthig, sie in ihrem ganzen geschichtlichen Zusammenhange zu würdigen und zu diesem Behufe einen Blick auf jene Rechte zu werfen, deren Stoff auch unserer Gesetzgebung als Material diene.

Die Entwicklung des Schenkungsrechtes bei den Römern ist bekannt. ⁴⁾ Für die hier behandelte Frage

¹⁾ Vgl. darüber Meyerfeld, II. S. 88. u. ff. Holzschuher, III. S. 482 u. ff. Zeiller, III. S. 162. Stubenrauch, III. S. 110. Unger, II. S. 267 u. ff.

²⁾ § 944 a. b. G. B. Unger, II. S. 203. Meyerfeld, II. S. 112. Nach § 10 des k. Patentes vom 28. Juni 1840, Z. 451, J. G. S. bedürfen die deutschen Ordensritter zu Schenkungen im Werthe von mehr als 300 Dukaten der Einwilligung des Hoch- und Deutschmeisters.

³⁾ § 1008, a. b. G. B. Unger, II. S. 204. Meyerfeld, II. S. 112.

⁴⁾ Vgl. die instructive Darstellung bei Danz, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, 2. Aufl., II. S. 72 u. ff. Savigny, IV. S. 194 u. ff. Re, Storia delle solennità negli atti di donazione dal VI. secolo di Roma fino ai giorni nostri. Ueber die innere Rechtsgeschichte der Schenkung vgl. die interessanten Bemerkungen bei Ihering, Der Zweck im Rechte, I. S. 275 u. ff.

ist von Bedeutung die interessante Thatsache, wie das classische römische Recht in der bekannten lex Cincia de donis et muneribus aus dem Jahre 548 der Stadt ¹⁾ dazu gelangte, imperfecte Schenkungen für nichtig, Schenkungen an non exceptae personae erst dann für perfect zu behandeln, wenn bei den res mancipi traditio und mancipatio oder in jure cessio, ²⁾ beziehungsweise anstatt dieser usucapio und bei den res mancipi wenigstens traditio, immer aber bei beweglichen Sachen possessio majore anni parte (wegen des Besitzschutzes durch das interdictum utrubi) vorlag; ³⁾ wie sich noch in derc. I. § 2. C. Theod. de don. 8. 12. von Constantin aus dem Jahre 316 n. Ch. G. ⁴⁾ («... et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim atque irreptionem») die traditio, freilich nicht mehr als Erforderniss der Giltigkeit der Schenkung erhalten hat. Das Ergebniss der Entwicklung aber ist, dass, nachdem die traditio weggefallen und die

¹⁾ Vgl. hierüber Rudorff, Römische Rechtsgeschichte, I. S. 53. Puchta, Coursus der Institutionen, 8. Aufl., II. S. 55. Danz, II. S. 72. Keller, I. S. 158. Vangerow, I. S. 178. Re, a. a. O. S. 4. u. ff.

²⁾ Savigny, IV. S. 195, N. b.

³⁾ Wie es das Verdienst von Brinz (Kritische Blätter, N. 1, S. 28 u. ff. Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., II. S. 134) ist, die wahre Bedeutung der res im Realcontracte aufgedeckt und die Lehre, dass die res eine Form des Geschäftes sei, als irrig erwiesen zu haben, so ist es Rudorff zu danken, dass er die bis dahin (1825) herrschende Anschauung, welche in den Bestimmungen der lex Cincia Formvorschriften erblickte, widerlegte und die richtige Erkenntniss über die Tragweite und Tendenz der lex anbahnte.

⁴⁾ Ueber diese Constitution vgl. einerseits Savigny, IV. S. 199, 200, anderseits Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, I. S. 128.

Schenkung als formloser Vertrag durch kurze Zeit ohne Rücksicht auf den Betrag gültig und klagbar gewesen war, endlich für Schenkungen über 500 solidi das Erforderniss gerichtlicher Insinuation aufgestellt ward.¹⁾

Anlangend die Entwicklung des Schenkungsrechtes in Deutschland, so wird nicht daran gezweifelt werden dürfen, dass Schenkungen keineswegs formfreier waren als andere auf Vermögensübertragung gerichtete Verträge namentlich im früheren Mittelalter; dass sie darum, weil sie Schenkungen sind, erhöhten Formerfordernissen unterlagen, mag mit Grund bestritten werden.

Betreffend zunächst Schenkungen von Immobilien, so war für solche, wie für die Veräußerung von Grund und Boden überhaupt, die Auflassung (Investitur) die normale Rechtsform,²⁾ doch ist uns auch die Möglich-

¹⁾ » ut non ex hoc inutilis sit donatio, quod res non traditae sunt, nec confirmetur ex traditione donatio, sed liberalitatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur et necessitatem habeat donator omnimodo res vel partem substantiae quam nominaverit, vel totam substantiam tradere« c. 35. § 5. C. de don. 8, 54. »Perficiuntur autem (donationes), quum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit; et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donatori. Et quum retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit« § 2. J. de don. 2, 7.

²⁾ Vgl. hierüber Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters S. 235, 246.

keit der Uebereignung per cartam urkundlich verbürgt ¹⁾ und in späterer Zeit finden wir auch die Eintragung im Stadtbuche.²⁾ Schenkungen von Mobilien erforderten die sofortige Hingabe von Hand zu Hand.³⁾

Sohm, Das Recht der Eheschliessung S. 80 und nun auch die eingehende Untersuchung von Soh m, »Zur Geschichte der Auflassung« in der Festgabe der Strassburger Juristenfacultät für Thöl, S. 81 u. ff. Siehe auch in Lörsch und Schröder, Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts, Nr. 60 (westphälische Urkunde aus dem Jahre 1049) und Nr. 99 (Duisburger Urkunde aus dem Jahre 1235). Nach Soh m, Auflassung S. 96, N. 25 würden auch jene Urkunden hieher zu zählen sein, die sich auf vorgängige Traditionen berufen, so bei Lörsch und Schröder, Nr. 28, 32, 33, 52, 57, 60, 75, 78

¹⁾ Vgl. die sehr interessanten Ausführungen von Brunner a. a. O. S. 288 u. ff. insbesondere über den Unterschied zwischen carta und notitia, und Soh m, Auflassung S. 91 N. 18. Auch Lörsch und Schröder bieten Beispiele, so Nr. 19 (westfränkische Urkunde aus dem Jahre 703) »per eorum strumenta condonaverant«; Nr. 21 (Weissenburger Urkunde von 713) »Ergo donavi ad monasterium quod vocatur Wizenburg per hanc testamentum donationis«; Nr. 27 (Oberlothringische Urkunde von 776) »per strumenta delegavi«. Siehe auch form. Lindenbrog. 18. Hieher sind wohl auch jene Urkunden zu zählen, welche den Traditionsact nicht als einen vergangenen erzählen, sondern als einen präsenten enthalten, so Nr. 20, 50, 51. (»Ego trado ad monasterium sancti Galli nullusque hanc traditionem a me factam violare audeat«) 54. Vgl. übrigens auch Brunner a. a. O. S. 131, 132 und über angelsächsisches Recht, S. 157 u. ff. S. 170.

²⁾ Vgl. den Lübecker Stadtbucheintrag aus dem Jahre 1413 bei Lörsch und Schröder, Nr. 254.

³⁾ Siehe Laband a. a. O. S. 149, N. 1 und die Citate daselbst. Sachsp. III. 4. § 1. erfordert keine Solennitätszeugen. Für das langobardische Recht verlangt Stobbe, Reurecht und Vertragsschluss, S. 243—245 (zwei Leipziger Decanatsprogramme von 1876; ich citire nach dem Abdrucke derselben in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, XIII. S. 209 u. ff.) zur Begründung der Unwiderruflichkeit

Schenkungsversprechen mussten, wie Veräußerungsverträge überhaupt, als Formal- oder Realcontracte erscheinen,¹⁾ also feierlich abgeschlossen werden²⁾ oder ein Realelement enthalten,³⁾ welch' letzteres als Angeld gewissermassen die Perfection des Vertrages materialisirte oder als Zahlung eines Scheinpreises seitens des Donatars, also als Vorleistung auftrat, weswegen auch die einfache Besitzeinweisung einen Rücktritt ausgeschlossen zu haben scheint:⁴⁾ das durchaus

auch die Uebergabe eines launegild, welche übrigens selbst nachträglich erfolgen kann.

¹⁾ Sohm, Recht der Eheschliessung S. 29. N. 16. Stobbe, Reurecht und Vertragsschluss S. 212, 215. Franken Das französische Pfandrecht im Mittelalter, I. S. 43, 210. Ed. Liutpr. cap. 73 (De donatione, quae sine launigild aut sine thingatione facta est, minime stare deveat). Ed Rothar. c. 171 u. ff. (De thinx quod est donatio).

²⁾ Vor Zeugen und mit Litkauf: Stobbe, Reurecht und Vertragsschluss S. 231; mit Handschlag: Franken a. a. O. S. 56 u. ff. vor Gericht: sächs. Weichbildrecht (herausgegeben von Daniels und Gruben), Art. 20, 54, 55.

³⁾ Als solches Realelement erscheinen das launegild, das vadium (Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Aufl., III. S. 286 u. ff.), die arrha (Sohm, Recht der Eheschliessung S. 29. Franken a. a. O. S. 63 u. ff. Rosenthal, Beiträge zur deutschen Stadtrechtsgeschichte S. 149. 150), der Gottespfennig (Franken a. a. O. S. 60, 61, N. 2. Doch fasst dieser Schriftsteller den Vertrag mit arrha oder Gottespfennig als formellen Vertrag auf) u. a. m. Vgl. hierüber überhaupt Stobbe, Reurecht und Vertragsschluss S. 213 u. ff. bes. S. 243 u. ff. und über die Bedeutung der Vorleistung Franken a. a. O. S. 74. Eine Schenkung per vadium wird erwähnt in einer bairischen Urkunde aus dem Jahre 814: »in manus eorum totam dictam rem meam per vadium posui« (Lörsch und Schröder, Nr. 38).

⁴⁾ Sohm, Fränkisches und römisches Recht S. 28. Laband a. a. O. S. 244. Stobbe, Reurecht und Vertragsschluss S. 240, 241 und über langobardisches Recht S. 244, 245.

formlose Schenkungsversprechen war unverbindlich.¹⁾ Man war in der früheren Zeit noch nicht allgemein dazu gelangt, in dem Schenkungsversprechen derart eine perfecte Schenkung zu erblicken, dass die nachherige Leistung nicht mehr als Liberalität, sondern als Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit anzusehen war, und die obligatorischen Veräußerungsverträge hatten sich noch nicht durchwegs zu verkehrsmässiger Selbständigkeit entwickelt, sondern kamen noch vielfach nur als *causae* von Eigenthumsübertragungen²⁾ in Betracht.

Damit erscheint wohl die Aufstellung gerechtfertigt, dass das deutsche Recht für Schenkungen besondere Formerfordernisse im Allgemeinen nicht kannte,³⁾ aber füglich auch nicht brauchte; wo wir

¹⁾ Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 62, Reurecht und Vertragsschluss S. 212, 213, 243. Laband a. a. O. S. 149, 150. Brunner a. a. O. S. 299. Franken a. a. O. S. 91.

²⁾ Vgl. über die innere Rechtsgeschichte der obligatorischen Verträge im deutschen Rechte die interessanten Ausführungen von Franken, a. a. O. S. 213 u. ff. Romanisten und Germanisten, S. 23. und über den analogen Entwicklungsgang im römischen Rechte Ihering, Der Zweck im Recht, I. S. 267 u. ff. Viel weiter geht Sohm, Recht der Eheschliessung, S. 80, wenn er die obligatorischen Verträge »Erwerbsgründe des deutschen Sachenrechts« nennt. Dagegen aber Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, III. S. 154, N. 11. und nun auch Sohm, Auffassung S. 84.

³⁾ Vgl. Lex. Rib. tit. 51, § 8. »Quod de venditione conscripsimus, hoc et de donatione constituimus«. Vgl. auch die gleiche Behandlung des Kaufes und der Schenkung in Sachsensp. III. 4 § 1. »Swær sô wider eischet, daz her vergebn oder verkouft hât an varnder habe und versachet her des koufes oder der gift, jener der sie under ime hât, mûz sie selbe dritte wohl behalten der die daz sâhen.« Eine von Sohm, Recht der Eheschliessung S. 84. N. 20.

solchen begegnen, finden sie ihre Erklärung in den Verhältnissen des concreten Falles ¹⁾ oder sind durch römisches Recht beeinflusst, ²⁾ immerhin aber so vereinzelt, dass sie nicht geeignet sind, den Charakter des allgemeinen Rechtszustandes zu alteriren; und daran muss im wesentlichen, auch für die spätere Zeit, festgehalten werden wo einerseits eine Abschwächung der alten Formenstrenge bemerkbar zu werden beginnt, ³⁾ andererseits insbesondere in den Stadtrechten,

angedeutete Abweichung (Nothwendigkeit der Auflassung auch bei Schenkungen per cartam) scheint wohl von Brunner, S. 293 erklärt.

¹⁾ So die Vorschrift des § 6 der Capitula quae in lege Salica mittenda sunt von 803 und der Lex. Bajuw. tit. I. cap. I. für Schenkungen an Kirchen; die Vorschriften für Schenkungen zwischen Ehegatten (c. 7. Lex. Wisig. 5. 2. »Maritus si uxori suae aliquid donaverit de hoc, quod ipsa sibi habere voluerit, scripturam manus suae subscriptione vel signo confirmet, ita ut duo aut tres testes ingenui subscriptores vel signa facientes accedant et sic voluntas ipsius habeat firmitatem«; vgl. auch form. Marc. II. 7. »Quicquid enim inter coniugatus de propria facultate manente caritate pro amore dilectionis in invicem condonare placuerit, scripturarum necesse est titulus allegare, ne in posterum ab heredibus eorum vel a quocunque possit convelle«); für Schenkungen auf den Todesfall: Stadtrecht von Dortmund § 17 (Gengler, Codex iuris municipalis I. S. 875).

²⁾ Hieher gehört die bekanntlich auf l. I. C. Theod. de test. 4. 4. zurückzuführende (Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 2. Ausg. II. S. 7) Bestimmung der Lex. Burg. 43: »Ideoque hoc ordine in populo nostrae donationis factae et testamenta valebunt, ut quinque aut septem testes donationi aut testamento, prout possunt aut signa aut subscriptiones adiiciant«. Ueber den Einfluss des römischen Rechts auf die lex Burgundionum vgl. Savigny a. a. O. S. 5 u. ff. Zöpfl, I. S. 61. Stobbe, Geschichte der Deutschen Rechtsquellen, I. S. 109, 110.

³⁾ Vgl. Sachsensp. I. 7. und Stintzing in der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XXIII. S. 504.

Vorschriften zur Vermeidung leichtsinniger Vertragsschliessung aufkommen; denn diese richten sich gleichmässig gegen alle Veräusserungen und die Gefahr wird nicht so sehr in der causa der Veräusserung als in der Beträchtlichkeit des veräusserten Gegenstandes und in der Möglichkeit der Verletzung der Rechte des nächsten Erben, für welchen die causa alienationis ja gleichgiltig ist,¹⁾ erblickt.

Auch für die österreichischen Länder ist für die Zeit bis zur Reception des römischen Rechts natürlich derselbe Rechtszustand zu behaupten.²⁾ Mit

¹⁾ Siehe z. B. die Bestimmung des Art. 21 des Oesterreichischen Landesrechts (herausgegeben von Hasenöhr1): »Wer ain aigen kauffet, der tut damit was er wil und geit es wem er wil inner iar und tag. Behaltet er es aber über iar und tag, das er es niemand geit noch damit getut, so mag er es fürbas niemand geben an seiner kind hant, wann es auf seine kind erben sol, als ander sein gut, das in anerbet von seinen vordern.«

²⁾ Chabert, Bruchstücke einer Staats- und Rechtsgeschichte der Deutsch-österreichischen Länder in den Denkschriften der k. Akademie der Wissenschaften, Phil. hist. Classe, IV. S. 33. Vgl. auch die durchgängig gleiche Behandlung von »emptio et venditio, obligatio, pignoratio, donatio prediorum, domorum, vinearum vel quarumcunque rerum que estimate fuerint ultra tria talenta« in den Wiener Stadtrechten vom 18. October 1221 und vom 1. Juli 1244 (Meiller, Oesterreichische Stadtrechte und Satzungen aus dem XII. und XIII. Jahrhundert S. 14 und 23) (Ueber das hier normirte Institut der Gewissen oder Genannten vgl. auch Haan, Studien über Landtafelwesen S. 39); Steirisches Landrecht Art. 177 (Bischoff, Steiermärkisches Landrecht des Mittelalters S. 148), »Wann man chawft oder hingeit, wann man leytchawf trinkcht oder gotsphenig geit, so ist der chawf stêt«; Brünner Schöffebuch Art. 280 (Rössler, Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren, II. Die Stadtrechte von Brünn aus dem XIII. und XIV. Jahrhundert S. 128) »Postquam Hainlinus Leonis civis huius civitatis Alberto cum ruffi finibus etiam

der Reception des römischen Rechts trennt sich aber die Entwicklung in den österreichischen Ländern von der in Deutschland. Denn während dort das Schenkungsrecht unzweifelhaft in der Form aufgenommen ward, welche es unter Justinian gewonnen hatte, also das Erforderniss der Insinuation für Schenkungen über 500 solidi praktisch geltendes Recht geworden und, von nachmaligen Codificationen abgesehen, auch geblieben ist,¹⁾ ist die Entwicklung bei uns andere Wege gegangen. Die durch das römische Recht angebahnte, in Deutschland bereiten Boden findende, durch den Einfluss des canonischen und wohl auch des Naturrechts endlich zum Siege geführte Theorie von der verbindlichen Kraft des formlosen obligatorischen Ver-

civi Brunnensi domum suam pro centum marcis vendidisset, et denarium, qui vulgariter »goczphenig« dicitur, qui omnem contractum fori ratificat, venditionis testamentum ab eo recepisset« (vgl. hiezu auch Rössler a. a. O. S. LXXVI). Insbesondere die Sitte des »litkauf« oder »leykauf« hat sich in den österreichischen Ländern sehr lange erhalten; vgl. z. B. die Salzburger Taidinge herausgegeben von Siegel und Tomashek (Oesterreichische Weisthümer, I.) S. 140 (leikauf in wichtigen kaufen) 175, 271; dann die steirischen und kärnthnischen Taidinge, herausgegeben von Bischoff und Schönbach (Oesterreichische Weisthümer VI), S. 113 (»Item es soll auch ein jeder der ein haus kauft und leikauf drüber drinkt«), 205, 298.

¹⁾ Savigny, System, IV. S. 210 u. ff. Holzschuher, III. S. 469. Sintenis, I. S. 206. Windscheid, II. S. 389. Arndts, S. 113. Keller, I. S. 159. Die gerichtliche Insinuation oder Bestätigung ist für Schenkungen über 1000 Thaler Capital oder 50 Thaler jährlicher Rente auch in das sächsische bürgerliche Gesetzbuch übergegangen (§ 1056). Der Dresdener Entwurf eines deutschen Obligationenrechts hat die Bestimmung einer Form für Schenkungen unter Lebenden der Landesgesetzgebung überlassen (Art. 503).

trages ¹⁾ fand nur zu bereite Aufnahme und dies für onerose und lucrative Verträge in gleicher Weise, und wie sich die Insinuation selbst in Italien keines langen Lebens erfreute, ²⁾ so darf es auch nicht Wunder nehmen, wenn die bisherige Formgleichheit aller Veräusserungsgeschäfte im Wesentlichen auch fernerhin erhalten blieb. Das Erforderniss der Insinuation für grössere Schenkungen schlug also in den österreichischen Ländern keine Wurzeln, und wenngleich bei der in complexu erfolgten Reception des römischen Rechts auch die l. 36. C. de don. 8. 54. formell Geltung hatte, so werden die Schriftsteller des 17. und 18. Jahrhunderts doch nicht müde zu wiederholen, wie die Insinuation praktisches Recht in unseren Ländern nicht sei. So citirt Suttinger ³⁾ aus einer Entscheidung vom 11. März 1573: »Obwolen in denen Rechten in denen Donationen mehrere Solennitäten erfordert

¹⁾ Vgl. die dogmengeschichtlichen Ausführungen von Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, Nördlingen 1881 (»Durch die vorstehenden Untersuchungen dürfte bewiesen sein, dass die heute geltende Rechtsnorm von der Verbindlichkeit aller obligatorischen Verträge in Deutschland geraume Zeit nach der Reception des römischen Rechts unter der Einwirkung kanonistischer und besonders naturrechtlicher Anschauungen als Gewohnheitsrecht entstanden ist«) und dagegen Stintzing in der kritischen Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XXIII. S. 489 u. ff. (»Die Entstehung des Rechtssatzes gehört vielmehr einer früheren Periode an und reicht in ihren Anfängen nachweislich bis in das 14. Jahrhundert zurück«.)

²⁾ Brunner a. a. O. S. 139 u. ff.

³⁾ Suttinger, Joann. Bapt. Consuetudines Austriacae ad Stylum excelsi Regiminis infra Anasum olim accomodatae. Nürnberg 1718.

werden, so seynd aber solche Zierlichkeiten, dem Landsbrauch nach, so nothwendig nicht, dass allein aus Mangel derselben, die Donationes, zumal diejenigen, so nicht allein mortis causâ, sondern auch inter vivos, wie diese ist, aufgerichtet worden, krafftloß seyn solle;« ferner aus einem Erkenntnisse vom 18. Feber 1588: »Die Insinuationes donationum, welche die Rechten fürscreiben, seynd in diesem Land, zumalen unter Adelichen Manns-Personen nicht gebräuchlich;« endlich aus einer Entscheidung vom 16. Juli 1611 unter Berufung auf II, 7 der Oesterreichischen Landtafel: »Wann ein Donation einem zugesagt, versprochen, oder verschrieben worden, dass einige Reu ferner nicht statt habe, auch ungeacht die geschenkte Haab und Güter nicht überantwortet oder tradirt die Donation nichts desto weniger kräftig und bündig, dieweilen nicht die Uebergab, sondern die freywillige Zusag ein Donation mache und verursache.« ¹⁾ So bemerkt Weingärtler:²⁾ »Solo consensu perficitur donatio hodie, scilicet tam donatarii, quam donatoris etiamsi non interveniat scriptura Si summa donata excedit quingentos solidos, requiritur insinuatio hae

¹⁾ Vgl. aber auch S. 142: »Hingegen quod donatio excedens 500 fl. debeat insinuari alias sit invalida, ist pro motivo angezogen worden in quantum causa, so in dem 30. Motivenbuch p. 163 zu finden«; und auch Reutter, Joannes Henricus, Viginti quinque tabulae iuridicae quibus accesserunt variae differentiae iuris communis et Austriaci (Regensburg 1674) bemerkt am einschlägigen Orte (S. 9.) nichts von einer Abweichung des österreichischen vom gemeinen Rechte.

²⁾ Weingärtler, Joannes, Con- et discordantia iuris consuetudinarii Austriaci super Anasum cum iure communi in quatuor Institutionum libris remonstrata (Nürnberg 1674), S. 95.

insinuationes in his provinciis maxime inter nobiles personas non observantur;« übereinstimmend berichtet *F i n s t e r w a l d e r* ¹⁾ im Anschlusse an die gemeinrechtlichen Ausnahmen von dem Erfordernisse der Insinuation: »quae omnia in hoc Austriae Archiducatu tanto facilius procedere possunt, ubi ejusmodi insinuationes praesertim inter personas illustres omnino non observari . . .« und mit aller nur wünschenswerthen Bestimmtheit versichert *V o s s*: ²⁾ »Donationes insinuatione opus non habent, etsi quingentos solidos excedant.« Und dass auch in den übrigen sogenannten altösterreichischen Ländern dasselbe Rechtens war, erhellt insbesondere auch aus der interessanten von *Thinnfeld* im Jahre 1753 verfassten, von *Hofmann* ³⁾ in einem Bruchstücke veröffentlichten Darstellung der innerösterreichischen Partikularrechte.

Anlangend insbesondere *Böhmen*,⁴⁾ so hat die *Vern. Landesordnung* eingehende Bestimmungen ge-

¹⁾ *F i n s t e r w a l d e r*, *Practicarum observationum ad consuetudines Austriae Superioris accomodatarum* II. I.—IV. (3 Bde., Salzburg 1719—1732), Band 3, S. 129 u. ff.

²⁾ *Lotharii Friderici Vossii*, *Legum et consuetudinum Austriaearum earum potissimum, quae infra Anasum vigent, cum Romano iure collatio*. Editio nova emendata et aucta. Wien 1774. S. 466.

³⁾ In der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, VIII. S. 304. Vgl. z. B. die in Nr. 57 abgedruckte Stelle aus dem 3. Th., 3. Abschn. »Crain haltet sich des röm. Rechts, ausser dass die Insinuatio wegen excrescirender Geschanknus nicht erforderlich.«

⁴⁾ Vgl. hierüber *J o r d a n*, *Systematische Darstellung des bürgerlichen Rechts im Königreiche Böhmen* (Prag 1795, 1797), I. S. 224 u. ff. und über Schenkungen auf den Todesfall auch *Stöhr*, *Versuch zu einem Lehrbuch über die praktische Rechtswissenschaft nach ihrem ganzen Umfang im Königreiche Böhmen* (Prag 1797),

troffen und verfügt, dass Schenkungen unter Lebenden, deren Giltigkeit übrigens an die Beobachtung irgend welcher Form nicht gebunden ist, bei Lebzeiten des Geschenkgebers geltend gemacht werden müssen; ¹⁾ Schenkungen auf den Todesfall sollten, wenn sich ihr Werth auf mehr als 500 Schock Meissnisch belief, der Landtafel einverleibt, wenn ihr Werth geringer war, vor zwei an ihren Ehren untadelhaften Zeugen abgeschlossen ²⁾ werden; in beiden Fällen aber

II. S. 450. Ueber altböhmisches Recht vgl. Dr. Herm. Jireček, Das Recht in Böhmen und Mähren, B. I, Abt. 1, S. 45. Abt. 2, S. 163.

¹⁾ Vern. L. O. O. 16. »Aber da einer dem andern verlobt, zugesagt und versprochen was zu geben, so wirdt ein jeder, deme also etwas verlobt, zugesagt und versprochen worden, es sei ein Gutt oder andere Sachen, solches, vermög der Rechte und bey Zeiten, weil der so es zugesagt, noch im Leben ist, an Orth und Ende zu bringen wissen. Dan auff den Fall der Zusager solches, was er versprochen nicht leisten wolte, und die Zusage auff ihn dargethan werden möchte, So kan er zu bekrefftigung und volziehung seiner Zusage mit Recht angehalten werden.« Vgl. auch die böhm. Stadtr., D. 2, J. 30.

²⁾ Die Landesordnung spricht wohl von Vollziehung der donation; indessen ist schon nach der Natur der Sache und nach Gg. 7. Nov. u. Decl. nur der Vertragsabschluss zu verstehen, vgl. L. O. O. 6. »Jedoch wan einer den andern auf den Todesfall etwas übergeben oder schenken wolte, und der Werth des Geschenks sich über 500 Schock Meissnisch nicht erstreckte: Mag er solches wohl thun und entweder Münd- oder Schriftlich im beyseyn zweyer Zeugen, so an ihren Ehren untadelhaftig, solche donation vollziehen. Wan aber der Wert des Geschenks sich höher als auf 500 Schock Meissnisch erstreckte, sol er solche donation in der Landtafel einverleiben lassen. Auff den widrigen Fall würde dasjenige, so das Geschenke über 500 Schock Meissnisch ausstrüge, unkräftig seyn und denen Erben zum besten kommen.«

genügte es, sofern es sich um Mobilien handelte, wenn die Schenkung bei Lebzeiten des Donators und in Gegenwart ehrlicher Leute sofort vollzogen, oder aber die geschenkte Sache einem Dritten mit dem übergeben wurde, dass Letzterer sie nach dem Tode des Geschenkgebers dem Donatar ausfolge.¹⁾

Sohin bestanden, alles in allem genommen, für Schenkungen unter Lebenden besondere Formerfordernisse überall nicht;²⁾ allein was für jene Zeit begreiflich und erträglich gewesen war, in welcher alle Rechtsgeschäfte solenn abgeschlossen wurden, war es jetzt, wo der formlose obligatorische Vertrag uneingeschränkte verbindliche Kraft besass, nicht mehr, und so ist es nur natürlich, dass man seit dem Beginnen der Codificationsarbeiten auch diesem wunden Punkte Aufmerksamkeit zu Theil werden liess und den überwundenen naiven Formalismus wenigstens für dieses Gebiet,

¹⁾ Gg. 7 (aus den im Jahre 1640 publicirten Declaratorien und Novellen Ferdinand des III. zur böhmischen Landesordnung): »Es were dann sach, dass so viel die Fahrnussen betrifft, eine solche Donatio mortis causa, ipsa traditione rei donatae, von dem Donatore noch bei seinen Lebenszeiten im beysein ehrlicher Leuth vollzogen oder von ihme das Geschank zu eines Dritten Handen in Gegenwart Ehrlicher Leuthe gegeben worden wäre, dasselbe nach seinem Todt diesem oder jenem zuzustellen: In welchen beiden Fällen die Tradition gnung und der einverleybung in die Landtaffel unvonnöthen seyn soll. Wardurch also zugleich das Gesetz oder Neweu Landts-Ordnung sub. Lit: O. 6. erkläret wirdt«. Es erinnert übrigens die Bestimmung lebhaft an die in § 1271 a. b. G. B. enthaltene Vorschrift über die Entrichtung oder Hinterlegung des Wettpreises.

²⁾ Auch nicht für Schenkungen unter Ehegatten (vgl. Hofmann in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, VIII. S. 305), da die für solche Schenkungen eingeführten Erschwerungen keine Formbeschränkungen sind.

das dessen dringend bedurfte, durch einen tendenziösen zu ersetzen suchte. So recipirte der Codex Theresianus die Bestimmungen des gemeinen Rechts ¹⁾ und das westgalizische Gesetzbuch verfügte in III. 2, § 59: »Aus einem bloss mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage unter Lebendigen erwächst dem Geschenknehmer kein Klagerecht. Dieses Recht muss, um den Verdacht der Uebereilung oder einer rechtswidrigen Verleitung auszuschliessen, immer durch eine schriftliche Urkunde begründet werden« und in nahezu wörtlicher Uebereinstimmung (es sind nur die Worte »unter Lebendigen« im ersten, und die Motivirung der Gesetzesbestimmung im zweiten Satze weggefallen) verlangte das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (§ 943) zur Klagbarkeit eines ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrages die Errichtung einer schriftlichen Urkunde. Dem bloss mündlichen Schenkungsvertrage ermangelte das Klagerecht: die trotz dieses Mangels effectuirte Leistung konnte indess gemäss § 1432 a. b. G. B. nicht condicirt werden.

Bei der durch das Gesetz vom 29. September 1850, Z. 336, R. G. Bl., erfolgten Reception des Notariates in Oesterreich, ward dieses Erforderniss der Schriftlichkeit durch das der Aufnahme eines Notariatsactes ersetzt, zugleich aber bestimmt (§ 4, Al. 4), dass »bei Schenkungsverträgen, welche ohne wirkliche Uebergabe geschlossen werden«, ein Notariatsact zur Giltigkeit des Rechtsgeschäftes erforderlich

¹⁾ Vgl. Harras von Harrassowsky, Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechts, S. 101; siehe auch den Generalplan, II. 10. III. 6, 3.

sei, und diese Bestimmung mit einer stylistischen Modification in dem Gesetze vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., betreffend das Erforderniss der notariellen Errichtung einiger Rechtsgeschäfte wiederholt.

Die Abweichung vom bisherigen Rechtszustande ist sohin eine doppelte: es ist nicht nur die Form eine solennere, sondern auch die auf die Nichtbeachtung derselben gesetzte Sanction eine strengere geworden; ein Formgebrechen hat nun nicht die Unklagbarkeit, sondern die Ungiltigkeit des Rechtsgeschäftes zur Folge.¹⁾ Angesichts dieser schwerwiegenden Consequenzen der Formverfehlung, sowie des Umstandes, dass das Erforderniss notarieller Errichtung nicht für den ganzen Umfang der Schenkungsverträge besteht, ist es selbstredend unerlässlich, eben jenen Umfang, innerhalb dessen die Giltigkeit der Schenkung von der Aufnahme eines Notariatsactes über dieselbe abhängt, festzustellen, mit anderen Worten, die Bedeutung der »wirklichen Uebergabe« in § 1, lit. *d*, Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., in § 943 a. b. G. B. und in III. 2, § 59, w. g. G. B. zu erkennen.

Die Worte »wirkliche Uebergabe« in diesen Paragraphen lassen nun an sich eine mehrfache Auffassung zu. Am nächsten liegt wohl jene Anschauung, welche darunter die *corporalis traditio*, die physische Uebergabe von Hand zu Hand im Sinne des § 426 a. b. G. B. versteht. Man kann sich hiefür vor allem auf den Wortlaut des Gesetzes berufen, von welchem ja nicht wohl angenommen wer-

¹⁾ Ueber diese Frage wird weiter unten im Zusammenhange gehandelt werden.

den darf, dass ein immerhin eindringlicher Ausdruck (»wirkliche Uebergabe«) jeglicher besonderer Bedeutung entbehrend gebraucht worden sein soll, und man kann auf die analoge Bestimmung des preussischen Rechtes hinweisen,¹⁾ welches sogar von einer wirklichen Naturalübergabe spricht. Allein in der praktischen Auslegung des Gesetzes auf dem Boden dieser Interpretation sind deren Anhänger keineswegs einig. Die einen machen auf das legislative Motiv dieser Vorschrift (»um den Verdacht der Uebereilung oder einer rechtswidrigen Verleitung auszuschliessen«) aufmerksam:²⁾ es werden leichtsinnige Schenkungen

¹⁾ A. L. R. I. 11, § 1063. Schenkungsverträge sollen gerichtlich abgeschlossen werden. § 1064. Aus einem aussergerichtlichen wenn auch schriftlichen Schenkungsvertrage kann daher in der Regel auf Erfüllung nicht geklagt werden. § 1065. Ist hingegen eine geschenkte bewegliche Sache oder Summe dem Geschenkgeber bereits übergeben worden, so findet eine Rückforderung aus dem Grunde der Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages nicht statt. § 1066. Ist eine unbewegliche Sache auf den Grund eines schriftlichen wenn gleich aussergerichtlichen Schenkungsvertrages dem Beschenkten übergeben worden, so kann der Geschenkgeber dieselbe wegen Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages nicht zurückfordern. § 1067. Vielmehr hat in diesem Falle der schriftliche aussergerichtliche Vertrag die Kraft einer Punctuation. § 1068. Doch gelten obige Vorschriften (§ 1066, 1067) nur alsdann, wenn eine wirkliche Naturalübergabe, wodurch die geschenkte Sache in den Besitz und den Gewahrsam des Beschenkten gelangt, erfolgt ist.

²⁾ Strohal, Zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien, S. 78. N. 22: »Den bezogenen Gesetzesbestimmungen liegt nämlich offenbar der Gedanke zu Grunde, dass für die Ernstlichkeit des Schenkungswillens gewisse Garantien gefordert werden müssen. Eine solche Garantie wird aber einerseits in einer bestimmten Form des Schenkungsversprechens, andererseits aber auch darin gefunden, dass der Schenkgeber seinen Schenkungswillen durch Leistung dessen, was

doch nur dann vermieden, wenn der Schenker seinen Willen in solenner Form erklärt oder die zu schenkende Sache sofort aus der Hand gibt, so dass seine Vermögensverminderung eine in die Augen fallende, unverkennbare ist; und es würde demgemäss das im Gesetze beschlossene Princip dahin lauten: die Schenkung ist an die Form der Schriftlichkeit, beziehungsweise des Notariatsactes gebunden und besteht eine Ausnahme nur für den Fall, wenn das geschenkte Object sofort körperlich übergeben wird.¹⁾ Andere dagegen²⁾ machen, immer unter Festhaltung der wirk-

geschenkt werden soll, bethätigt hat.« Zeiller, III. S. 159, 160. Winiwarter, IV. S. 115.

¹⁾ Dies ist das Princip des preussischen (Dernburg, II. S. 419, 420) und französischen Rechts (es fehlt wohl hier an einem Anhaltspuncte im Gesetze, doch ist die Giltigkeit der sog. *dons manuels* von der Literatur und der Judicatur der Gerichte ganz ausnahmslos anerkannt: Zachariae, IV. S. 233 und N. 10) und für das österreichische Recht huldigt ihm Strohal, a. a. O., S. 78, 79 und die Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes vom 21. Jänner 1875, Z. 13677 (Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit 1875, Nr. 29. Glaser-Unger-Walther, Nr. 5607), welche die Worte »wirkliche Uebergabe« dahin versteht, »dass die geschenkte Sache vom Geschenkgeber dem Beschenkten auch sofort übergeben, von Letzterem übernommen und in seinem ausschliesslichen Besitze behalten wird, daher ein durch einen Notariatsact nicht beurkundeter Schenkungsvertrag, wenn die angeblich geschenkte Sache dem Beschenkten nicht körperlich übergeben, sondern dem Geschenkgeber in der Innehabung und Benützung überlassen wurde, dritten Personen gegenüber als rechtsgiltig nicht angesehen werden kann.« Abgesehen von der hier erörterten Frage entbehrt auch die Beschränkung der Ungiltigkeit einer formwidrigen Schenkung auf das Verhältniss zu dritten Personen jeder Stütze im Gesetze.

²⁾ Vgl. Kirchstetter, S. 465, N. 4. Exner, Das österreichische Hypothekenrecht, S. 390, N. 3. Bürgel, O nĕkterých

lichen, als einer körperlichen Uebergabe, geltend, dass das Gesetz die schriftliche, beziehungsweise notarielle Errichtung des ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrages vernünftiger Weise nur dort fordern könne, wo eine solche Uebergabe an sich zwar möglich ist, im einzelnen Falle jedoch unterlassen wurde, dass aber dann, wenn eine wirkliche Uebergabe überhaupt unthunlich sei, auch die Formvorschrift cessire.

Gegen diese letztere Anschauung muss indess entschieden Widerspruch erhoben werden. Das Gesetz lässt bei unbefangener Betrachtung nur die Auffassung zu, dass jede, nicht thatsächlich durch wirkliche Uebergabe, mag darunter was immer zu verstehen sein, realisirte Schenkung ganz ohne Rücksicht auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer derartigen Realisirung der Formvorschrift unterliegt: wirkliche Uebergabe oder solenne Errichtung, *tertium non datur*.¹⁾ Es ergibt sich dies aus Gründen der Concinnität und Practicabilität, da sonst das schenkungsweise Versprechen, künftig eine Forderung zu cediren, auch ohne Beachtung irgend welcher Förmlichkeit verbindlich wäre, und ist überdies von der Hofcommission in Ge-

zàkonodárných novotách v notářském řadě a v zákoně ze dne 25. července 1871, č. 76. (im Právník 1872, S. 608—609). Anklänge an diese Anschauung finden sich auch bei Nippel, VI. S. 221. Stubenrauch, III. S. 108 und in der Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes vom 8. August 1872, Z. 7577 (Glaser-Unger-Walther, Nr. 4682, Spruchrepertorium, Nr. 15) insbesondere aber in der Entscheidung vom 6. Mai 1868, Z. 2147 (Glaser-Unger-Walther, Nr. 3061).

¹⁾ Vgl. auch die Bemerkungen von Kubasta in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, 1841, B. 2, S. 126.

setzsachen in der »die Grundsätze, von denen die Commission bei der Abfassung dieses Entwurfes ausgegangen ist, und die Darstellung von der Anwendung dieser Grundsätze« enthaltenden Beilage zu dem Vortrage vom 19. Jänner 1808, mit welchem der Entwurf des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches nach vollendeter zweiter Lesung dem Kaiser vorgelegt wurde, direct ausgesprochen: »Zu einer giltigen Schenkung fordert der Entwurf, um Leichtsinn und Streitigkeiten zu beseitigen, die Uebergabe oder einen schriftlichen Aufsatz.«¹⁾ Das Gesetz verfügt eben für den Gesamtbereich der Schenkung und keineswegs für die Schenkung einer *res corporalis* und es ist unzulässig, für die Schenkung einer *res incorporalis* mangels einer anderweitigen Vorschrift auf die Bestimmung des § 883 a. b. G. B. zurückzugreifen.

Ich erachte aber auch die Auffassung der wirklichen als einer körperlichen Uebergabe überhaupt nicht für zutreffend und halte vielmehr dafür, dass unter wirklicher Uebergabe die sofortige Perfection oder richtiger gesagt Vollziehung²⁾ des Schenkungsvertrages, die sofortige Uebertragung des praktischen Gegenstandes der Schenkung, sei dieser eine *res corporalis* oder *incorporalis*, verstanden werden muss,

¹⁾ Pfaff und Hofmann, Excuse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht, I. S. 80.

²⁾ Die wirkliche Uebergabe ist Perfection in demselben Sinne, wie das Wort *parfait* in Art. 1583, C. c., gebraucht wird (Franken a. a. O. S. 81, N. 2). »*La vente est parfaite*« sollte eigentlich lauten »*la vente est consommée*«. In gleichem Sinne findet sich dasselbe in Petri exc. I. 7. » perfecta donatio, id est, res tradita.«

und dass nur dann eine Schenkung ohne wirkliche Uebergabe vorliege, wenn diese Uebertragung nicht sofort beim Abschlusse des Vertrages stattfindet, sondern wenn zwischen dem Abschlusse und der Erfüllung der donatio ein zeitlicher Zwischenraum innelinget, also eben nur bei dem obligando geschehenden Schenkungsvertrage, dem sogen. Schenkungsversprechen. Die Schenkung ist, wie ausgeführt, ein Charakter, welcher den manigfachsten Rechtsgeschäften zu Grunde liegen kann; sie ist perfect, sobald dasjenige Rechtsgeschäft, in dem sie im Einzelfalle zur Erscheinung kommt, perfect ist, und sie ist vollzogen, sobald dasjenige Object, um welches der Donatar wirthschaftlich bereichert werden soll, in dessen Vermögen gelangt ist. Ein mit wirklicher Uebergabe geschlossener Schenkungsvertrag liegt sohin schon dann vor, wenn die Willenseinigung der Contrahenten, dass geschenkt werden solle, mit der Bethätigung dieses Willens zusammenfällt, eine Spannung nach der Zukunft hin nicht weiter zurückbleibt, zwischen Bekommensollen und Bekommen ein Gegensatz nicht besteht.¹⁾ Ich entnehme also dem § 1, lit. *d.* des Gesetzes vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., dem § 943 a. b. G. B., und III. 2, § 59, w. g. G. B. den legislativen Gedanken, dass an eine Förmlichkeit nur jene Schenkung gebunden sein soll, deren Realisirung betagt ist, also nur das Schenkungsversprechen, während in jedem anderen Falle die res genügt und die Form entbehrlich macht; und ich glaube die Richtigkeit dieser Interpretation, mit welcher die Unrichtigkeit der Auf-

¹⁾ Siehe Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes, S. 49.

fassung der wirklichen als einer körperlichen Uebergabe von selbst gegeben ist, durch eine Reihe von Argumenten erhärten zu können.¹⁾

1. Vor allem scheint mir ein logischer Grund dafür zu sprechen. Es ist bekannt, dass das Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., die Formverfehlung, an welche das Gesetzbuch lediglich die Folge der Klaglosigkeit anknüpfte, mit der Sanction der Ungiltigkeit des Vertrages belegt hat; allein ich glaube es als gewiss hinstellen zu können, dass das Notariatszwangsgesetz den Notariatsact nicht in einem weiteren Umfange als Erforderniss aufstellte, als das Gesetzbuch die schriftliche Urkunde, so dass letzteres zur Lösung der Frage, in wie weit die Formvorschrift reiche, unbedenklich herangezogen werden kann. Der § 943 a. b. G. B. aber — und man hat eben bisher bei der Erörterung der vorliegenden Frage diesem Paragraphen zu wenig Beachtung geschenkt — verweigert aus einem bloss mündlichen ohne wirkliche Uebergabe geschlossenem Schenkungsvertrage dem Geschenknahme lediglich das Klagerecht,²⁾ und es ist daraus der Schluss unabweislich, dass, da das Gesetz die Schriftlichkeit nur zur Begründung des Klagerechtes erfordert, dieselbe, und nunmehr auch die notarielle

¹⁾ Die hier vertretene Ansicht findet sich bei Unger, II. S. 205, N. 14. Hofmann in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, VIII. S. 306.

²⁾ Unter diesem Klagerecht ist nicht etwa mit Prockner, (Zeitschrift für Oesterreichische Rechtsgelehrsamkeit, 1836, B. 2, S. 239, 240) die gerichtliche Geltendmachung, auch wenn sie einredeweise geschieht zu verstehen; diese Anschauung ist schon mit Rücksicht auf § 1432 a. b. G. B. unhaltbar.

Vertragserrichtung dort nicht nothwendig seien, wo der Donatar eine Klage überhaupt nicht braucht, weil aus dem Vertrage ob dessen unverzüglicher Erfüllung eine solche überhaupt nicht entspringt. Und es gilt dies auch von der *donatio per constitutum possessorium* und von der schenkungsweisen Cession: die von dem Donatar etwa angestrenzte Klage ist in dem ersten Falle eine *rei vindicatio*, in dem zweiten die durch Cession auf ihn übergegangene aus dem ursprünglichen obligatorischen Vertrage, keineswegs aber eine Klage aus dem Schenkungsvertrage auf dessen Erfüllung.¹⁾

2. Ein weiteres Argument finde ich in folgender Erwägung. Im Gegensatze zu III. 2, § 50 w. g. G. B., welches die Schenkung als einen Vertrag definirt, wodurch eine Sache oder ein Recht unentgeltlich übertragen wird, nennt § 938, a. b. G. B. jenen Vertrag Schenkung, wodurch eine Sache jemandem unentgeltlich überlassen wird.²⁾ Wenngleich nun nicht geleugnet werden kann, dass die Schenkung ihren Ausgang von der *rerum donatio* genommen hat³⁾ und man in diesem häufigsten Falle derselben nur zu oft auch

¹⁾ Das etwaige Klagerecht aus § 945 a. b. G. B. muss nicht durch eine schriftliche Urkunde begründet werden: es steht dem Donatar gewiss auch bei einem mit wirklicher Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage zu..

²⁾ A. L. R. I. 11, § 1037 bezieht die Schenkung auf »das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts«; Art. 894 C. c. spricht von einer *chose donnée*, Art. 938, C. c. von *objets donnés*, § 1049 sächs. b. G. B. von Zuwendung eines Vermögensgegenstandes, Art. 497 des Dresdener Entwurfes von Zuwendung eines Vermögensvorthelles.

³⁾ Einen Beweis hiefür bietet bekanntlich die *lex Cincia*.

ihren einzigen erblickte,¹⁾ so dass auch manche gemeinrechtliche Schriftsteller, von denen wir wissen, dass sie von den Redactoren unseres Gesetzbuches benützt wurden, ausschliesslich die Sachschenkung erwähnen,²⁾ so werden wir doch bei dem Umstande, als den Verfassern des Gesetzbuches die gewiss deutlichere Fassung des westgalizischen Gesetzbuches vorlag, zu der Annahme gezwungen, dass jene eingedenk des in den §§ 285, 291 a. b. G. B. aufgestellten Begriffes der Sache³⁾ bewusster Weise die dualistische Definition von III, 2, § 50 w. g. G. B. durch die einheitliche des § 938 a. b. G. B. ersetzten,⁴⁾ und dass wir die Uebergabe des § 943 a. b. G. B. in demselben umfassenden Sinne nehmen und darunter nicht nur die traditio einer res corporalis, sondern auch die Uebertragung einer res incorporalis verstehen müssen.

3. Diese Erkenntniss wird auch vollkommen bestätigt, wenn wir auf den Sprachgebrauch des Gesetzbuches eingehend, eine sprachliche Auslegung des § 943 a. b. G. B. versuchen.

¹⁾ Keller, Pandekten, I. S. 154, Pfaff in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, I. S. 55. Savigny, IV. S. 106.

²⁾ Vgl. z. B. Heineccius, Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum. Pars VI, § 128. Höpfner, Theoretisch-praktischer Commentar über die Heineccischen Institutionen 7. Aufl. S. 430.

³⁾ Vgl. darüber Unger, System, I. S. 354 u. ff. Schiffner, Lehrbuch, I. § 65. (3. Heft, S. 1) Kirchstetter, S. 145, N. 2.

⁴⁾ Zeiller, III. S. 155. Nippel, VI. S. 211. Winiwarter, IV. S. 112, aber auch Zeiller, Das natürliche Privatrecht, 3. Aufl., S. 181. »Die eigentliche Schenkung ist ein Vertrag, wodurch man das Eigenthum einer (äusseren) Sache ohne Entgelt überlässt.«

In dieser Richtung entsteht nun vor allem die Frage, welche Bedeutung dem Worte »wirklich« zukomme und ob das Gesetz mit demselben eine besondere Art der Uebergabe, etwa die körperliche, als zum Ausschlusse der Schriftlichkeit erforderlich hingestellt hat. Diese Frage glaube ich verneinen zu sollen. Denn es hätte das Gesetz, wenn es unter wirklicher nur die körperliche Uebergabe verstanden hätte, zweifelsohne sich eben dieses letzteren Ausdruckes bedient, der ihm ja keineswegs fremd ist,¹⁾ und es hat das Wort »wirklich« im Gesetzbuche überall nur jenen Sinn, den es nach dem Sprachgebrauche des Verkehres besitzt. Wo wir diesem Worte begegnen, und wir finden es an zahlreichen Stellen,²⁾ bezeichnet es überall, dass etwas thatsächlich, reell, effectiv und nicht bloss fictiv, scheinbar sei, und niemals etwa die körperliche Uebergabe als solche:³⁾ wirkliche Uebergabe ist Alles, was wirklich Uebergabe ist. Und dass mit diesem Worte nicht eine besondere

¹⁾ §§ 426, 452, a. b. G. B., II. 6, § 14, w. g. G. B.

²⁾ §§ 46 (wirklicher Schade), 68 (w. vollbrachter Mord), 195 (w. dienende Militärperson), 252 (wirklich erreichte Volljährigkeit), 235 (w. Verwendung), 315 (w. ergriffen), 331 (wirklich gemachter Aufwand), 332 (w. gewinnen), 378 (w. Inhaber), 451 (w. erwerben), 545 (w. Erbanfall), 786 (w. Zutheilung) 787 (w. erhalten), 845 (w. zu etwas dienen), 851 (w. unkenbar) 939 (w. angefallenes Recht), 859 (w. Gebrauch machen), 1045 (w. Uebergabe), 1057 (w. Mehrheit), 1075 (w. einlösen), 1271 (w. entrichtet), 1330 (w. Schade), 1360 (w. einräumen), 1424 (w. vorhanden), 1460 (w. besitzen), 1083 (Wirklichkeit des Vertrages).

³⁾ Zeiller gebraucht, wo er von der körperlichen Uebergabe spricht (II. S. 222) zu ihrer genaueren Bezeichnung mehrere Synonyme (wahre, eigentliche Uebergabe) das Wort »wirklich« findet sich darunter nicht.

Qualität der Uebergabe angedeutet, sondern auf sie nur ein besonderer Nachdruck gelegt werden wollte, erhellt auch aus der bereits oben angeführten Stelle des von der Redactionscommission dem Entwurfe zweiter Lesung beigegebenen Motivenberichtes, wo eben von Uebergabe schlechweg gesprochen wird, und es ergibt sich dies auch zur Evidenz aus der Vergleichung der §§ 1045 und 1053 a. b. G. B., welche den nämlichen Thatbestand das eine Mal »wirkliche Uebergabe« das andere Mal »Uebergabe« schlechweg nennen.

Ist aber »wirkliche Uebergabe« nur ein eindringlicherer aber doch im wesentlichen gleichbedeutender Ausdruck für Uebergabe schlechweg, so ist damit auch dargethan, dass wirkliche Uebergabe nicht körperliche Uebergabe sein kann. Gewiss bezeichnet »Uebergabe« im Gesetzbuche gar oft körperliche Uebergabe,¹⁾ allein noch häufiger sind die Fälle, wo darunter alle Arten der Uebergabe subsumirt werden müssen²⁾ und bekanntlich ist dieser Ausdruck unserem Gesetzbuche zur Bezeichnung der Uebertragung aller Arten von Vermögensrechten (res incorporales) nicht ungewohnt.³⁾ Sind wir nun also schon

¹⁾ So z. B. in den §§ 348, 426, 430, 905 a. b. G. B.

²⁾ So in den §§ 263, 425, 427—430, 481, 1045, 1048—1053, 1061, 1062, 1120, 1181, 1245, insbesondere aber in § 1225 a. b. G. B. Vgl. auch Zeiller, Das natürliche Privatrecht, S. 161. Helm in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, 1828, B. 2, S. 267, 268.

³⁾ Vgl. z. B. die §§ 550, 705 a. b. G. B. Darüber, dass der juristische Sprachgebrauch das Wort »Uebergabe« in einem weiteren Sinne versteht als der des täglichen Lebens vgl. Leonhard in den

genöthigt, in der Sache des § 938 a. b. G. B. nicht nur die körperlichen Sachen, sondern auch res incorporales, Rechte, zu erblicken,¹⁾ so ist es nur consequent und natürlich, wenn wir in der Uebergabe des § 943 a. b. G. B. nicht nur die *traditio corporalis*, sondern überhaupt die Uebertragung des bezüglichlichen Vermögensrechtes oder, um die Terminologie des Gesetzbuches zu gebrauchen, die Erwerbungsart, den *modus acquirendi* im Gegensatze zum *titulus*, welcher in dem bloss mündlichen Vertrage gefunden werden mag,²⁾ erkennen. Jeder Rechtsact, wodurch eine Obligation, ein *jus in re* auf den neuen Bewerber übertragen wird, ist eine Uebergabe dieses Rechtes und Schenkung ohne wirkliche Uebergabe ist nur das Schenkungsversprechen.³⁾

Eine gesetzliche Bekräftigung findet diese Anschauung auch im § 1218 a. b. G. B. (»Unter Heiratsgut versteht man dasjenige Vermögen, welches von der Ehegattin oder für sie von einem Dritten dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes übergeben oder zugesichert wird«)⁴⁾ wo in einem der Schenkung

Verhandlungen des fünfzehnten deutschen Juristentages, (1880), I. S. 93, N. 4.

¹⁾ Stubenrauch, III. S. 105.

²⁾ Dies ist bei Höpfner, a. a. O. S. 425, 426 geradezu ausgesprochen.

³⁾ Vgl. auch Hufeland, Institutionen des gesammten positiven Rechts. Jena 1798, S. 199, § 585: »Schenkungen (*donatio*) ist ein Vertrag wegen freiwilliger unentgeltlicher Abtretung einer Sache. Entweder besteht sie in einem blossen Versprechen, oder die Uebergabe ist mit dem Vertrage verbunden.«

⁴⁾ Analog III. 10, § 314, w. g. G. B. »Unter Heiratsgut, Aus-

ganz analogen Falle ¹⁾ (auch die Bestellung der dos erscheint als Zweck in dem sie realisirenden Acte) der Uebergabe nur das Versprechen gegenübergestellt wird,²⁾ so dass auch hier unter der ersteren die sofortige Vollziehung der Dosbestellung zu verstehen ist; ferner im § 1247 a. b. G. B. wo sogar gerade zwischen der Schenkung und dem Schenkungsversprechen propter nuptias unterschieden wird, sodann in III, 2, § 50 w. g. G. B. (»Ein Vertrag, wodurch eine Sache oder ein Recht unentgeltlich übertragen wird, heisst eine Schenkung im engsten Verstande, ohne Unterschied, ob die Uebergabe sogleich oder später erfolge«), wo gleichfalls die Differenz zwischen den gleich vollzogenen und den betagten Schenkungen anerkannt und sozusagen der Boden für die Aufnahme von III, 2, § 59 w. g. G. B. zugerichtet wird, und endlich III, 2, § 51 w. g. G. B. (»Durch die Schenkung ohne Uebergabe erhält der Beschenkte nur ein Recht zur

steuer oder Mitgabe wird dasjenige Vermögen verstanden, welches eine Ehegattin ihrem Manne zur Erleichterung der Ehestandslasten wirklich übergeben oder wenigstens zugesichert hat.«

¹⁾ Bechmann, Das römische Dotalrecht, II. S. 51, 53. Czychlarz, Das römische Dotalrecht, S. 93. Brinz, II. S. 1543. Windscheid, II. S. 385, N. 18. Baron, S. 510.

²⁾ Der Schuldclass dotis causa ist gewiss nicht die Zusage eines Heiratsgutes, sondern die Vollziehung der Bestellung selbst. *Accepti quoque latione dos constituitur, quum debitori marito acceptum feratur dotis constituendae causa* (l. 41, § 2, D. de J. D. 23, 3. Vgl. Arndts, S. 669. Windscheid, II. S. 859. Baron, S. 512. Esmarch, Grundsätze des Pandektenrechts, S. 157. Hofmann, in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, I. S. 717, aber auch Czychlarz, a. a. O. S. 92, Doch ist sein Widerspruch natürlich nur gegen die Subsumtion des Schuldclassen dotis causa unter die *datio dotis* gerichtet.

Sache: durch die Schenkung mit der Uebergabe erhält er ein Recht auf die Sache«), wo die Schenkung ohne Uebergabe eben nur als Schenkungsversprechen erscheint.

4. Es erhellt aber auch aus der Provenienz der »wirklichen Uebergabe«, dass ihr nur der hier behauptete Sinn beigemessen werden darf. Ich glaube nämlich den Ursprung dieser Worte in der Fallitenordnung Carls VI. vom 18. August 1734 ¹⁾ erblicken zu sollen, wo (I. 1, § 16) es heisst: »Die zwischen Eheleuten öfters vorkommenden Schenkungen, mit diesen soll es künftighin respectu der Handelsleute so gehalten werden: diejenigen Schenkungen, welche realiter per traditionem oder durch eine Einschreibung an die Gewähr fürgegangen, sollen sodann gültig sein, wann sie zur Zeit, wo solche Donation in effectu geschieht, den Creditorn zu keinem Nachtheil gereichen.« Die Handlungs- und Fallitenordnung Maria Theresia's vom 19. Jänner 1758, ²⁾ welche im wesentlichen an die Carolinische sich anlehnt, bestimmt in I. 3, § 5: »Was 6^{to} die zwischen Eheleuthen öfters vorkommende Schenkungen betrifft, mit diesen solle es künftighin unter Handelsleuthen folgender Gestalten beobachtet werden: jene Schenkungen, welche würcklich per traditionem vollzogen werden, sollen

¹⁾ Codex Austriacus, IV. p. 858.

²⁾ »Handlungs- und Fallitenordnung Maria Theresia's, erstere bei allen Mercantil-Tribunalien, letztere bei allen in dem innerösterreichischen Littorali aufgestellten Gerichtsbarkeiten zu beobachten ist«. Vgl. über dieses Gesetz Domin-Petrushevecz, Neuere österreichische Rechtsgeschichte S. 80 u. ff.

sodann gültig sein, wenn sie zur Zeit, wo solche geschehen, denen Creditorn und dem Handlungs-Fundo zu keinem Nachtheil gereichen Andere des Manns Geschanke aber, welche nicht realiter vollzogen worden, sollen seinen Creditorn lediglich nachgehen.« Gewiss sollte damit nichts anderes gesagt sein, als was in umgekehrter Gedankenrichtung der § 48, Abs. 1 der Concursordnung vom 25. December 1868, Z. 1, R. G. Bl. für 1869, nur in weiterem Umfange verfügt, dass nämlich Forderungen aus Schenkungsversprechen im Concurse den Gläubigern, welche ihre Ansprüche aus entgeltlichen Verträgen ableiten, nachstehen sollen, und es wollte durch die besondere Betonung der traditio wohl nur erklärt werden, dass es unzulässig sei, nach bereits ausgebrochenem Concurse die thatsächlich nicht erfolgte Erfüllung eines vielleicht selbst wieder nur vorgeschützten Schenkungsversprechens zu fingiren; und zugleich verräth die Art und Weise, wie dies geschieht (»realiter per traditionem«, »würcklich per traditionem«), dass der Gesetzgeber keineswegs eine corporalis traditio im Sinne hatte, da er ja sonst richtiger »per realem traditionem« gesagt hätte, sondern dass er das Erforderniss der Tradition (und zwar im weitesten Sinne, da ja auch z. B. bei schenkungsweiser Cession die Ehegattin mit den Gläubigern des Ehemannes in keine weitere Berührung kommt), als ein wirklich vorhandenes und zu beachtendes mit Nachdruck und Ernst hinstellte. Nun ist es aber bekannt, dass die romanisirende Tendenz des Codex Theresianus keinen Beifall gefunden hatte und der mit der Umarbeitung desselben betrauten Compilationscommission der Auftrag geworden

war, sich nicht an »die Römischen Rechte« zu binden ¹⁾ und dass auch die im Jahre 1790 unter dem Vorsitze des Freiherrn von Martini zusammengesetzte Commission, aus deren Arbeiten sohin das westgalizische Gesetzbuch hervorgieng, mit der Wahrung der provinciellen Eigenthümlichkeiten eine antiromanistische Tendenz in ihr Programm aufnahm.²⁾ Was war nun da natürlicher, als dass die der Insinuation der Schenkung als einem den österreichischen Ländern fremden Institute abgeneigten Redactoren auf dem Gebiete des heimischen Rechts Umschau hielten nach einem Mittel, leichtsinnigen Vergabungen wirksam entgegenzutreten, ohne doch in den gleichfalls verhassten Formalismus zu verfallen, und dass sie die erwähnte Bestimmung des Concursrechtes sogar dem Wortlaute nach ungeändert für das allgemeine Privatrecht recipirten.³⁾ Wir dürfen daher bei der Interpretation des § 943 a. b. G. B. von jener Vorschrift der Carolinischen Fallitenordnung ausgehen, und dass diese mit der hier vertretenen Auffassung der wirklichen Uebergabe vollkommen harmonirt, habe ich bereits gezeigt, und damit diese Auffassung als die aus historischen und sprachlichen Gründen allein haltbare und dem ganzen

¹⁾ Harrassowsky, S. 129. Pfaff und Hofmann, Commentar, I. S. 15. Zeiller, I. S. 8.

²⁾ Harrassowsky a. a. O. S. 153, 154. Pfaff und Hofmann, Commentar, I. S. 19.

³⁾ Wenn Laband (a. a. O. S. 149, Nr. 1) die Bestimmungen des preussischen und österreichischen Rechtes über die Erfordernisse eines Schenkungsvertrages als Reminiscenzen der oben dargestellten deutschrechtlichen Grundsätze von der Perfection der Verträge ansieht, so dürfte dem für das österreichische Recht wenigstens nicht beizupflichten sein.

Geiste des Gesetzes entsprechende erwiesen. Dem gegenüber fällt die Berufung auf das Allgemeine Landrecht (I. 11, § 1068: »wirkliche Naturalübergabe«) und auf die behauptete ratio legis kaum ins Gewicht; denn einmal geht der legislative Gedanke des § 943 a. b. G. B. eben allgemein dahin, dass überall dort eine bestimmte Form der Vertragschliessung unerlässlich ist, wo sich der Geschenkgeber nicht augenblicklich und unverkennbar der Disposition über das geschenkte Object begibt, und dann würde, ganz abgesehen davon, dass es an einem weiteren Anhaltspunkte dafür, dass die Verfasser des westgalizischen Gesetzbuches sich in dieser Frage an das preussische Recht und an den Wortlaut des Landrechtes anlehnten, fehlt,¹⁾ auch die Eliminirung der Naturalübergabe, welche übrigens nur auf Immobilien Bezug hat, gerade dagegen schliessen lassen, dass auch die Uebergabe in III. 2, § 59 w. g. G. B. eine Naturalübergabe sein soll.

Ehe ich nun von dem so gewonnenen Resultate für die Frage nach der Realisirung der Schenkung je nach Verschiedenheit der Gegenstände derselben Anwendung mache, ist noch zu untersuchen, ob bei dem notariellen Schenkungsvertrage auch die Annahme-Erklärung in dem Acte erscheinen müsse.

Der § 943 a. b. G. B. verlangte die Aufnahme einer schriftlichen Urkunde zur Begründung des Klagerechtes. Darnach war es — und § 956 a. b. G. B. kann argumento a contrario gleichfalls hiefür angeführt wer-

¹⁾ Uebrigens bedient sich auch das A. L. R. an einer Stelle (I. 10, § 1) der Worte »wirkliche Uebergabe« in einem Sinne, in welchem sie auf die Naturalübergabe nicht beschränkt werden dürfen.

den — nicht erforderlich, dass die Annahme, obwohl an sich unerlässlich, in der Urkunde erfolgte, wie denn auch diese von dem Donatar nicht unterschrieben sein musste. Es genügte jede auch concludente Handlung, welche an der Acceptation keinen Zweifel liess, also insbesondere auch die Entgegennahme des schriftlichen Schenkungsversprechens.¹⁾

Nach dem Gesetze vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl. ist aber nun die Giltigkeit des nicht sofort vollzogenen Schenkungsvertrages von der notariellen Errichtung desselben bedingt; und da vor dem Notare der Vertrag abzuschliessen ist, zu demselben aber Versprechen und Annahme gehören, so muss auch die Annahme-Erklärung vor dem Notare abgegeben werden.²⁾ Jene Anschauung, welche unter Berufung darauf, dass durch die Formvorschrift nur leichtsinnige Geschenkgabe, nicht auch Geschenkkannahme erschwert werden wolle, und dass das Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., nichts anderes beabsichtigt habe, als die garantielose Privaturkunde, bei welcher eine Antedatirung leicht möglich, durch eine vertrauenswürdigeren öffentliche Urkunde zu ersetzen, ohne im Uebrigen dieser Urkunde eine andere Bedeutung beizu-

¹⁾ Unger, II. S. 204, Nr. 12. Nippel, VI. S. 221. Winiwarter, IV. S. 116, 117. Stubenrauch, III. S. 110. Vgl. auch die Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes vom 15. April 1853, Z. 3575 (Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, 1854. Nr. 104. Peitler'sche Sammlung, Nr. 766) und die zum Theile unter Nr. 89 ins Judicatenbuch aufgenommene Entscheidung vom 9. Juni 1874, Z. 5264.

²⁾ Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 17. N. 20.

legen,¹⁾ die Nothwendigkeit der Aufnahme der Acceptation in den Notariatsact leugnet, verdient keine Billigung.²⁾

§ 4. Die Realisirung der Schenkung.

Als ein bewegliches Geschäft kann die Schenkung in allen Arten und Formen der Vermögenszuwendung erscheinen; sie kann also im Allgemeinen dando, obligando, liberando erfolgen, im Einzelnen in jedes Rechtsgeschäft eingekleidet werden, welches zur Uebertragung von Vermögensstoff geeignet ist. Diese verschiedenen Arten der Realisirung der Schenkung³⁾

¹⁾ Strohal a. a. O. S. 78.

²⁾ In dieser Beziehung bieten die modernen Legislationen die grösste Mannigfaltigkeit. Während nämlich das sächsische Recht mit der von mir für das österreichische vertretenen Anschauung übereinstimmt (§§ 1054, 1056 sächs. b. G. B. arg. verb. »Schenkungs-geschäft«; Siegel a. a. O. S. 17, N. 20) gewährt der preussische Schenkungsvertrag das Beispiel eines Vertrages mit formbedürftigem Versprechen bei formfreier Annahme (Siegel a. a. O. S. 17. Dernburg, II. S. 419. N. 10) und in der Mitte zwischen beiden steht das französische Recht, nach welchem die übrigens mit ausdrücklichen Worten zu erklärende Annahme der Schenkung wohl auch später, aber nur wieder in einer authentischen Urkunde erfolgen kann: Art. 932, C. c. La donation entre-vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. — L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique. Vgl. darüber Zachariae, IV. S. 231.

³⁾ Vgl. darüber Meyerfeld, I. S. 93—290. Savigny, IV. S. 104—134. Keller, I. S. 153—156. Arndts, S. 111. Sintenis, I. S. 203. Windscheid, II. S. 382. Baron, S. 113. Unger, II. S. 197—199. Stubenrauch, III. S. 104. Kirchstetter, S. 464. Dernburg, II. S. 412—414.

sind nun unter Zugrundelegung des oben gewonnenen Principes auf die für dieselbe erforderliche Form hin zu untersuchen, wobei ich die häufigeren Fälle (Sachschenkungen, Schenkung von dinglichen und obligatorischen Rechten) voranstelle und die minder häufigen sohin folgen lasse.

Zuvor ist aber noch ein Wort über die Frage zu sagen, ob es einen Schenkungsvorvertrag, ein *pactum de donando* gebe?

Der Vorvertrag ist nach richtiger Auffassung nicht etwa ein Ruhepunkt in der Entwicklung eines obligatorischen Vertrages, ein erstes Stadium in der stückweisen Fertigstellung desselben, ein Querschnitt im Vertragsschlusse, sondern ein in sich vollkommen fertiger, auf ein *facere*, nämlich auf *contrahere* gerichteter Vertrag.¹⁾ Die nachherige Abschliessung des Vertrages war geschuldet und es bestand ein Klagerrecht auf dieselbe. Bei dem sogenannten Schenkungsversprechen ist mit der rechtsgiltigen Eingehung desselben die *donatio* wohl noch nicht vollzogen, aber *perfect*, die nachmalige Erfüllung geschieht *solvendi* und nicht *donandi causa*.²⁾ Ein etwaiges *pactum de donando* hätte aber zur Voraussetzung, dass der in Gemässheit desselben abgeschlossene Schenkungsver-

¹⁾ Vgl. darüber Thöl, Handelsrecht, 5. Aufl., I. 2, S. 193. Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrages S. 6 u. ff. 26, 39 u. ff. (hierüber Göppert in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XIV. S. 400 u. ff.) Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen S. 128 u. ff. Brinz, II. S. 1590. Windscheid, II. S. 192. Dernburg, II. S. 104 u. ff.

²⁾ Meyerfeld, I. S. 25, 26. Savigny, IV. S. 57, 119. Unger, II. S. 199. N. 39. Dernburg, II. S. 413.

trag eine donatio im technischen Sinne sei; eine solche aber verträgt eine vorherige Gebundenheit zu ihrer Errichtung nicht; es ist ein Wesenserforderniss der Schenkung, dass sie eine Liberalität sei, und es ist begrifflich unmöglich eine Schenkung anzunehmen, zu welcher der Geschenkgeber aus welchem Grunde immer verpflichtet ist,¹⁾ und so ist es auch klar, dass es einen auf Schenkung gerichteten Vorvertrag nicht gibt.

I. Die Schenkung durch Eigenthumsübertragung.

A. Bei beweglichen Sachen.

Anlangend die einzelnen Erwerbsarten des Eigenthums so sind hier die derivativen Erwerbsarten und unter diesen wiederum die Tradition von hervorragender Bedeutung; die übrigen derivativen modi acqui-
rendi sind nicht geeignet, zu Schenkungszwecken zu dienen: selbstverständlich nicht die Universalsuccession im Erbganze,²⁾ aber auch nicht der Fruchterwerb,³⁾ da der an der Sache nicht dinglich, sondern nur obligatorisch Berechtigte das Eigenthum der Früchte nur durch eine Quasitradition erwirbt, wesswegen die für die Tradition zu entwickelnden Grundsätze auch hier Geltung haben.

¹⁾ §§ 940, 941 a. b. G. B. A. L. R. I. 11, § 1046. L. 29, pr. D. de don. 39, 5 (= l. 82. D. de R. J. 50, 19): »Donari videtur, quod nullo iuro cogente conceditur«. Art. 497. Dresdener Entw. (»Wendet Jemand, ohne rechtlich hiezu verpflichtet zu sein)« Eine Ausnahme besteht auch nicht für wechselseitige Schenkungen, § 942, a. b. G. B.

²⁾ Siehe darüber R a n d a, Právo vlastnické, 3. Aufl. S. 128.

³⁾ R a n d a, Právo vlastnické, S. 126.

Für die Tradition sind aber nach österreichischem Rechte vier Gruppen zu unterscheiden, deren zugehörige Fälle ihrem wahren Wesen nach diese Eintheilung allerdings als eine rein äusserliche und sich durchkreuzende erscheinen lassen.

1. Den Normalfall bildet die körperliche Uebergabe.¹⁾ Sie ist eine der häufigsten Anwendungsformen des Eigenthumserwerbes durch Besitzerwerb und liegt vor, sobald der Erwerber bei Mitwirkung des bisherigen Besitzers die Sache aus rechtem Grunde in seine Machtsphäre übernommen hat. Hiebei ist gerade Uebergabe von Hand zu Hand, wie sie den Redactoren als sogenannte *traditio vera* im Sinne lag, nicht erforderlich, vielmehr gehören alle Apprehensionsacte, welche Besitz und bei Vorhandensein einer *justa causa* Eigenthum gewähren, also neben der Uebergabe von Hand zu Hand die Ergreifung der Sache in Gegenwart des zustimmenden Veräusserers die Niederlegung im Hause des Erwerbers, die Wegführung, Verwahrung, ja überhaupt die blosse Gegenwart bei der zu übergebenden Sache, sobald die Absicht der Besitzergreifung vorliegt und die Ausführung dieser Absicht ohne weiteres möglich ist (*praesentia*), hieher,²⁾ und in jedem dieser Fälle wird, sobald die

¹⁾ §§ 312, 426 a. b G. B. Exner, Die Lehre vom Rechts-
erwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht,
S. 95 u. ff. Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte, 3. Aufl.,
S. 103. *Právo vlastnické*, S. 117. Zeiller, II. S. 221.

²⁾ L. 1, § 21. D. de acqu. vel amitt. poss. 41, 2. Si iusserim
venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit: vi-
deri mihi traditam Priscus ait, idemque esse si nummos debitorem
iusserim alii dare: non est enim corpore et tactu necesse apprehen-

Contrahenten darüber einig sind, dass die bezügliche Sache auf den Apprehendenden unentgeltlich donationis causa übergehen solle, der Eigenthumsübergang eintreten und damit ein Schenkungsvertrag mit »wirklicher Uebergabe« geschlossen sein.¹⁾

2. Bei der in § 427 a. b. G. B. für solche bewegliche Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe von Hand zu Hand zulassen, gestatteten, und geregelten Uebergabe durch Zeichen sind drei von einander begrifflich unterschiedene Fälle auseinanderzuhalten und zwar die Uebergabe durch Werkzeuge, durch Verbindung von Merkmalen mit der Sache und durch Urkunden. In Wirklichkeit liegt in diesen Fällen nicht immer eine wahre symbolische, wenngleich immer eine wahre und wirkliche²⁾ d. h. wirksame Uebergabe vor, durch welche da, wo sie zugelassen ist, Besitz und Eigenthum erworben wird.³⁾

Bekanntlich hat Exner⁴⁾ im Gegensatze zur

dere possessionem, sed etiam oculis et affectu, et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint. Vgl. darüber überhaupt Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl., S. 216 u. ff. Randa, Besitz S. 334 u. ff. Exner, Tradition S. 96 u. ff. Dernburg, I. S. 332 wohl auch Stubenrauch, I. S. 505.

¹⁾ Nippel, VI. S. 220, Nr. 4.

²⁾ Vgl. auch Exner, Tradition S. 166, N. 42 a.

³⁾ Ueber die sog. symbolische Uebergabe vgl. Savigny, Besitz S. 207 u. ff. Exner, Tradition S. 152 u. ff. Randa, právo vlastnické S. 117, Besitz S. 347 und die dort Angeführten. Kirchstetter S. 163, N. 11 und für preussisches Recht Dernburg, I. S. 329.

⁴⁾ Tradition S. 173 u. ff.

herrschenden Lehre und im Anschlusse an Pachmann¹⁾ in energischer Weise die Anschauung verfochten, dass in den Fällen der symbolischen Uebergabe durch dieselbe lediglich das Eigenthum und nicht auch der Besitz erworben werde. Es ist diese Controverse auch für die hier erörterte Frage insofern von Bedeutung, als für den Fall der minderen Wirkung der symbolischen Tradition eine Differenz zwischen letzterer und der wirklichen Uebergabe wenigstens mit einem Scheine von Berechtigung behauptet werden könnte, während im entgegengesetzten Falle ein Zweifel nicht bestehen kann, dass auch die *traditio symbolica* eine wirkliche Uebergabe im Sinne des § 943 a. b. G. B. sei.²⁾

Indessen ist diese Controverse im Sinne der herrschenden Lehre und gegen Exner zu entscheiden. Es ist ein oft wiederholtes, aber nicht genug beachtetes Wort Unger's,³⁾ dass für die Interpretation unseres Gesetzbuches der Stand der Privatrechtswissenschaft zu Beginn des gegenwärtigen Jahrhunderts ein nicht zu unterschätzendes Hilfsmittel bilde. Nun kann nicht bestritten werden und auch Exner⁴⁾ gibt dies zu, dass die gemeinrechtliche Jurisprudenz jener Zeit bei der symbolischen Tradition den Uebergang des Eigenthums mit jenem des Besitzes verknüpfte,⁵⁾ dass

¹⁾ Die Verjährung nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte in Oesterreich. S. 77, N. 12.

²⁾ Winiwarter, IV. S. 116.

³⁾ System, I. S. 83. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, VIII. S. 242.

⁴⁾ Tradition S. 175, N. 68.

⁵⁾ Man sehe nur Noo dt, Probab. iur. civ. II. 6, § 5. Höpfner

auch nach preussischem Rechte die symbolische Uebergabe den Besitzerwerb bewirkt,¹⁾ und da die Redactoren des Gesetzbuches dieselbe so aus dem gemeinen und preussischen Rechte herübernahmen,²⁾ wie sie sich dort fand, so ist nunmehr eine Beschränkung ihrer Wirksamkeit auf den Eigenthumserwerb auch ungerechtfertigt. Mit der Verwerfung einer im Gesetze anerkanntermassen niedergelegten Lehre kann eben nicht vorsichtig genug vorgegangen werden, und wie auch nach preussischem Rechte dieser »Irrthum« heute keineswegs verlassen ist;³⁾ so kann bei der unläugbaren Möglichkeit des Besitzüberganges durch symbolische Tradition⁴⁾ die Thatsächlichkeit desselben für unser Recht nicht in Abrede gestellt werden; denn die anscheinende Principwidrigkeit, dass ohne thatsächliche Herrschaftsmöglichkeit Besitz erworben wird⁵⁾ ist nicht geringer, als jene, welche vom Stand-

a. a. O. S. 347. Schmalz, Handbuch des römischen Privatrechts, 2. Aufl., § 199, Nr. 80. Vgl. auch l. 74 D. de contr. emt. 18, 1. Clavibus traditis ita mercium in horreis possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint; quo facto confestim dominium et possessionem adipiscitur.

¹⁾ A. L. R. I. 7, §§ 62 u. ff. Dernburg, I. S. 329.

²⁾ Ueber die Entstehungsgeschichte des § 427 a. b. G. B. vgl. Randa, Besitz S. 360, N. 56 c.

³⁾ Dernburg, I. S. 329, N. 1.

⁴⁾ Randa, Besitz S. 334, N. 14 i. f.

⁵⁾ Diese Ausnahme ist übrigens nicht vereinzelt und um nichts merkwürdiger und mystischer als der bekannte römische Satz, dass der Besitzer eines Grundstückes, das in seiner Abwesenheit von einem Dritten occupirt wurde, den Besitz des Grundstückes nicht schon durch diese Occupation allein verliere. Savigny, Besitz n. 348 u. ff. Rudorff, daselbst im Anhang, Nr. 106. Bruns, im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, IV. S. 46 u. ff. Die Be-

punkte des unser Recht beherrschenden Traditionsprincipes aus in dem Eigenthumsübergange durch symbolische Uebergabe gefunden werden muss; schliesslich sind beide Ausnahmen historisch zu erklären ¹⁾ und sie beruhen beide für uns auf positiver Satzung.

Es ist also an der Qualität der symbolischen, als einer wirklichen Uebergabe, mit Grund nicht zu zweifeln, ²⁾ und es ist für diese Frage gleichgiltig, ob man bei derselben mit Randa zumeist Acte einer physischen Apprehension erblickt oder nicht. Anlangend aber die hieher gehörigen Einzelfälle so scheint mir in der Uebergabe der Werkzeuge allerdings ein physischer Apprehensionsact gelegen zu sein. ³⁾ Es ist gewiss, dass die Compileren darin eine symbolische Tradition erblickt haben, allein der Umstand, dass zu derselben solche Werkzeuge erfordert werden, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschliessend den Besitz der Sache zu ergreifen und dass die Verfasser des § 427 a. b. G. B. die Schlüssel der l. 74, D. de contr. emt. 18, 1, und des A. L. R. I. 7, § 65 durch die den Charakter eines Symbols nicht an sich tragenden Werkzeuge ersetzt haben, ⁴⁾ spricht

sitzklagen des römischen und heutigen Rechts S. 140—142. Randa, Besitz S. 503, N. 34.

¹⁾ Siehe darüber Exner, Tradition S. 155, u. ff. Stobbe, Deutsches Privatrecht, II. S. 581, 582.

²⁾ Vgl. Helm an dem auf S. 43, N. 2 angeführten Orte.

³⁾ Randa, právo vlastnické S. 117, 118. Besitz S. 355, 356. Stobbe, Deutsches Privatrecht, II. S. 581, N. 7. Dernburg, I. S. 330, wohl auch Stubenrauch, I. S. 507. A. A. Exner, Tradition S. 169 u. ff. insbes. N. 57, vgl. auch Ihering, Ueber den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl., S. 163, 207.

⁴⁾ Auch die gemeinrechtlichen Schriftsteller sprechen nur von

für die hier vertretene Anschauung. Wohl behauptet Exner,¹⁾ dass jene Worte des Gesetzes lediglich den Zweck haben, diejenigen Sachen im Allgemeinen zu charakterisiren, die tauglich sind, bei dieser Art der Uebergabe als Symbole verwendet zu werden. Allein mir scheint diese Auffassung mit dem Wortlaute und der Intention des Gesetzes nicht vereinbar; denn die Werkzeuge müssen nicht solche sein, durch welche der Erwerber im Allgemeinen in den Stand gesetzt werden kann, Besitz zu ergreifen, sondern durch welche er in concreto thatsächlich in den Stand gesetzt wird, ausschliessend den Besitz der Sache zu ergreifen, durch deren Empfang er also in ein gewisses Herrschaftsverhältniss zur Sache tritt. Darin liegt aber schon ein physischer Apprehensionsact, und dass es nicht, wie Exner vermeint, gleichgiltig ist, ob nach Lage der Umstände die Werkzeuge oder die Schlüssel ihre Aufgabe im gegebenen Falle mehr oder weniger vollständig erfüllen, geht aus dem Wortlaute des Gesetzes hervor und ergibt sich überdies aus dem Beispiele, welches Zeiller²⁾ anführt: während Schlüssel ihrer Natur nach ja immer dazu bestimmt sind, uns

Schlüsseln. Ob die Ersetzung dieses Wortes durch die »Werkzeuge« mit Absicht geschah, ist freilich zweifelhaft. Mir scheint es mehr als wahrscheinlich, dass diese Aenderung ursprünglich auf einem Uebersetzungsfehler beruht. Heineccius, *Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum* (Wien 1755), § 382, S. 173 spricht nämlich von »*traditio clavium, instrumentorum etc.*«, wo *instrumenta* gewiss Urkunden bedeutet (vgl. auch Höpfner, *Commentar* S. 347), der sog. Wiener Heineccius (I. § 382, S. 300) aber hat *instrumenta* bereits mit »Werkzeuge« übersetzt.

¹⁾ Tradition S. 170, Nr. 57.

²⁾ II. S. 223, Nr. 3, lit. b.

den ausschliessenden Besitz der versperrten Sache zu sichern, betrachtet er doch nur Schlüssel zum verschlossenen Behältnisse, welche eben im concreten Falle den ausschliessenden Besitz wirklich gewähren, als geeignete »Zeichen der Uebergabe«. Das einzige Bedenken gegen diese Anschauung liegt darin, dass ja nach ihr der Besitz schon erworben wäre, sobald der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, den Besitz der Sache erst zu ergreifen. Indessen darf nicht übersehen werden, dass Derjenige, der im Stande ist, ausschliessend den Besitz der Sache zu ergreifen, in gewissem Masse die Sache selbst schon in seiner Macht hat, und dass ein analoges Verhältniss auch bei der *traditio longa manu* vorliegt,¹⁾ welcher der Charakter eines physischen Apprehensionsactes nicht bestritten wird, und gerade das, dass das Gesetz der symbolischen Tradition ihren Wirkungskreis dort anweist, wo von seinem Standpunkte aus die sogenannte *traditio vera* nicht ausreicht,²⁾ spricht dafür, dass darunter auch jene Fälle der körperlichen Uebergabe subsumirt werden müssen, welche Uebergabe von Hand zu Hand nicht sind.

Betreffend die Verbindung von Merkmalen mit der Sache,³⁾ so erwirbt der Uebernehmer, der bei der Bezeichnung selbstthätig oder auch nur passiv als zustimmender Zuschauer betheiligt ist, Besitz und Eigenthum durch physische Apprehension (*praesen-*

¹⁾ L. 79 D. de sol. 46. 3. Exner, Tradition S. 154.

²⁾ Exner, Tradition S. 212.

³⁾ Vgl. einerseits Randa, právo vlastnické S. 118. Besitz S. 357, 358 andererseits Exner, Tradition S. 171 aber auch S. 146.

tia) ¹⁾ und die Anbringung eines Merkmales ist nicht wesentlicher Bestandtheil des Apprehensionsactes, sondern bloss eine die Publicität des Vorganges beziehende Vorsichtsmassregel.²⁾ Geht aber die Bezeichnung der Sache einseitig von dem Uebergeber aus, so wird in diesem Thatbestande regelmässig ein constitutum possessorium enthalten sein und die Signirung kommt nur als Aeusserung des Willens des Tradenten in Betracht, künftig für den Erwerber zu besitzen.

Ein unzweifelhafter Fall symbolischer Tradition ist die Uebergabe der Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird.³⁾ Da aber auch hier durch die Uebergabe ausreichend qualificirter Urkunden zufolge positiver gesetzlicher Bestimmung Besitz und Eigenthum auf den Erwerber übergehen, so muss daran auch bei schenkungsweiser Tradition festgehalten und auch hiebei die Aufnahme eines Notariatsactes ob des Vorliegens wirklicher Uebergabe für unnöthig erachtet werden.

3. Dasselbe gilt auch von der Uebergabe durch Uebersendung (§ 429 a. b. G. B.). In dem regelmässigen Falle unterliegt dies keinem Zweifel, aber

¹⁾ L. 14, § 1, D. de per. et comm. 18, 6. Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset. Savigny, Besitz S. 216 u. ff. Exner, Tradition S. 146.

²⁾ Savigny, Besitz, S. 219. Randa, Besitz, S. 527, N. 53. Exner, Tradition S. 171.

³⁾ Randa, Besitz, S. 358 u. ff. právo vlastniké S. 118. Exner Tradition S. 178 u. ff. Ueber die Qualität der »das Eigenthum darthuenden Urkunden« vgl. Randa, Besitz S. 360. Exner, Tradition S. 182 u. ff. Stubenrauch, I. S. 506.

auch dort, wo der Uebernehmer die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hat, darf dasselbe behauptet werden, indem ja, mag man hierin, wie Exner ¹⁾ will, nur Eigenthumsübergang, oder wie Randa ²⁾ m. E. überzeugend darlegt, Eigenthums- und Besitzerwerb finden, und mag man hierin nach Ansicht dieser Schriftsteller eine Singularität oder nach der Anschauung unserer Commentatoren ³⁾ einen Fall des Erwerbes durch Stellvertreter erblicken, immer der Versender sich der Disposition über die Sache unverkennbar begibt, und der Adressat schon mit der Aufgabe das erlangt hat, was ihm durch die Schenkung zu Theil werden soll: das Eigenthum.

4. Die Uebergabe durch Erklärung des § 428 a. b. G. B. enthält:

a) die *brevi manu traditio*.⁴⁾ Diese bewirkt Besitz- und Eigenthumserwerb und ist, trotzdem dies solo animo et affectu ohne eine jede in die Augen fallende Veränderung in der äusseren Welt und ohne

¹⁾ Tradition, S. 146 u. ff.

²⁾ Besitz S. 366, 367, N. 64. právo vlastník S. 121.

³⁾ Zeiller, II. S. 227. Nippel, III. S. 375. Winiwarter, II. S. 193. Ellinger, Handbuch des österreichischen Civilrechts S. 209. Stubenrauch, I. S. 509.

⁴⁾ Savigny, Besitz S. 243 u. ff. Exner, Tradition S. 109. Randa, Besitz S. 345. Ueber Schenkung durch *brevi manu traditio* vgl. Meyerfeld, I. S. 101. Savigny, System, IV. S. 106. Holzschuher, III. S. 475. Beispiele: L. 3, § 20, D. de acqu. vel amm. poss. 41, 2. Sed si is qui apud me deposuit, vel commo-davit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem. L. 10, D. de don. 39, 5. Absenti sive mittas qui ferat, sique quod ipse habeat, sibi habere eum iubeas donari recte potest.

jede Contrectation geschieht,¹⁾ gewiss wirkliche Uebergabe.²⁾

b) Den zweiten Fall der Uebergabe durch Erklärung bildet das *constitutum possessorium*. Bei dem Umstande, als dasselbe bei der Schenkung seit jeher eine hervorragende Bedeutung hatte,³⁾ als

¹⁾ L. 9, § 5, D. de acqu. rer. dom. 41. 1. Exner, Tradition S. 109. Harburger, Das *constitutum possessorium* im römischen und heutigen Rechte S. 20, 26. Brinz, Pandekten, 2. Aufl., I. S. 506. Leonhard in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XXIII. S. 313.

²⁾ Siehe die Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes vom 18. April 1872, Z. 1547 (Glaser-Unger-Walther, Nr. 4581). — Muss der Depotschein, wenn ein solcher gegeben worden war, zurückgestellt werden? Gewiss, denn der Geschenkgeber hätte ihn sonst sine causa. Zur Perfection der Schenkung ist die Rückstellung desselben aber nur dann erforderlich, wenn das Eigenthum der Sache an das des Lagerscheines geknüpft und der Depositär die Sache jedem herauszugeben verpflichtet ist, der sich durch den Warrant legitimirt.

³⁾ Wie bereits erwähnt, war das Erforderniss der Tradition bei Schenkungen bis in das fünfte Jahrhundert der römischen Kaiserzeit (freilich mit verschiederner Sanction für den Fall von dessen Nichtbeachtung) in Kraft. In den gewiss zahlreichen Fällen, in denen der Geschenkgeber den Niessbrauch der geschenkten Sache sich vorbehielt, war das *constitutum possessorium* das geeignete und naheliegende Mittel, gleichzeitig diesen Zweck zu erreichen und jenem Erfordernisse zu entsprechen, und so bieten die Quellen manche Beispiele der Perfection der Schenkung durch *constitutum possessorium*, die sich denn auch in verschiedenen römischen und Ravennater Schenkungsurkunden (vgl. darüber Brunner, Zur Rechtsschichte der römischen und germanischen Urkunden, I. S. 118) wiederfinden. Ja es wurde die *deductio ususfructus* ein bequemes Mittel, das Erforderniss der *traditio* durch Vorbehalt des Niessbrauches auf wenige Tage zu umgehen, und so darf man sich nicht wundern, dass die Kaiser diesem Missbrauche dadurch zu steuern

ferner ob der Leichtigkeit von dessen missbräuchlicher Verwendung gerade bei der Schenkung die Nothwendigkeit eintritt, jeden Einzelfall auf das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Constituts zu untersuchen, und als endlich die Frage

versuchten, dass sie der deductio die Traditionswirkung absprachen, (Brunner a. a. O. S. 117. Harburger a. a. O. S. 53.), doch ist man von diesem Verbote (l. 8, C. Theod. de don. 8, 12. Donationes debere sortiri perpetuam firmitatem, quas corporalis traditio fuerit subsecuta: sancimus ne usufructus deductio pro traditione possit intelligi) bald wieder abgekommen (l. 9. Cod. Theod. eod. l. 28. C. de don. 8, 54, vergl. darüber Harburger a. a. O. S. 54. Leonhard a. a. O. S. 332) und nach Justinianischem Rechte bewirkt eine Schenkung mit Vorbehalt des Niessbrauches Besitz- und Eigenthumserwerb für den Donatar ganz zweifellos (l. 35, § 5, C. de don. 8, 54). Uebrigens gilt dasselbe auch von der Schenkung unter gleichzeitigem Abschlusse eines jeden anderen dem Geschengeber die Weiterführung der Detention gewährenden Vertrages: Meyerfeld, I. S. 95 u. ff. Savigny, IV. S. 107. Holzschuher, III. S. 475, L. 77, D. de rei vind. 6, 1. Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistolam et eundem fundum ab eo conduxit; posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam, proponebatur quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset, quum epistola emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset. — Nach älterem deutschen Rechte genügte das constitutum possessorium zur Uebereignung nicht; es musste vielmehr sogar »die Besitzeinräumung thatsächlich und, weil sie nur eine formelle und vorübergehende ist, in energischerer Weise zum Ausdrucke gebracht werden, wie in jenen Fällen, in welchen der Eingewiesene im dauernden Besitze des Grundstückes bleiben soll.« (Brunner a. a. O. S. 294, 295, insbes. auch N. 5). Zum mindesten war also die Auflassung erforderlich. Beispiele für Schenkungen mit Vorbehalt des Nutzungsrechtes bieten Lörsch und Schröder, Nr. 21, 22, 24, 27. Es findet diese Unwirksamkeit der Uebereignung durch Constitut ihren Ausdruck in der französischen, wohl aber einen germanischen Rechtsatz enthaltenden Parömie: Donner et retenir ne vaut.

desselben wiederum in den jüngsten Tagen den Gegenstand lebhafter Discussion bildet, scheint es mir unerlässlich, auf dasselbe insbesondere nach der Richtung seiner Erfordernisse hin etwas näher einzugehen.

Anlangend zunächst das gemeine Recht, so nennen wir *constitutum possessorium* ¹⁾ den Fall des Besitz- (und Eigenthums-) Erwerbes durch einen und von diesem Stellvertreter; der Besitzer, der bis nun *proprio nomine* besass, beginnt *alieno nomine* zu besitzen; durch sein *ministerium* wird Besitzer und Eigenthümer der *dominus*.²⁾ Damit diese Wirkung eintrete, müssen — und darüber besteht allgemein Uebereinstimmung — neben dem Besitz- und Eigenthumserwerbswillen des Vertretenen zunächst noch folgende Voraussetzungen zutreffen: 1. Der Alienant muss den Besitz der Sache haben ³⁾ und die Gewahrsam der-

¹⁾ Ueber das *constitutum possessorium* sind zu vergleichen: Savigny, Besitz S. 318 u. ff. Exner, Tradition S. 143 u. ff. Randa, Besitz S. 459 u. ff. Windscheid, I. S. 473 nunmehr insbesondere die Verhandlungen des fünfzehnten deutschen Juristentages, I. S. 3—12 (Gutachten von Exner), S. 72—88 (Gutachten von Behrend), S. 91—110 (Gutachten von Leonhard), II. S. 84—130, 334—338 (Debatte); ferner die auf S. 63, N. 1 citirte Schrift von Harburger und darüber Leonhard in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XXIII. S. 311—345 und Krasnopolski in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, IX. S. 419—421.

²⁾ L. 18, pr. D. de acqu. v. am. poss. 41, 2. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere; nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio; nec idem est possidere et alieno nomine possidere, nam possidet cujus nomine possidetur; procurator alienae possessioni praestat ministerium.

³⁾ Der Besitz kann auch durch einen Stellvertreter ausgeübt

selben auch behalten. 2. Er, der bisher für sich besessen, muss nunmehr kraft einer *animi mutatio* für den Erwerber zu besitzen anfangen.

Diese Voraussetzungen wurden in neuerer Zeit als zum Besitz- und Eigenthumsübergange nicht genügend erklärt. Insbesondere Exner¹⁾ wies darauf hin, dass die Erklärung des Constituenten, nunmehr für den Vertretenen besitzen zu wollen, in so lange eine leere, gegenüber der Regel »*traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur*« unwirksame Formel sei, als nicht eine bestimmte causa vorliegt, auf Grund deren die Detention der tradirten Sache vorerst noch bei dem Geber zurückbleibt. Wer Besitzerwerb für sich behauptet, habe durch Production irgend welcher Erklärung des angeblichen Tradenten allein noch nichts bewiesen; er müsse dem Richter auch noch darlegen, aus welchem Grunde der Geber ihm seine Dienste leihe, und »dass wenn die Sache körperlich wäre übergeben worden, sie zurückgegeben worden sein würde.« Denn urgire man nicht das Vorhandensein dieses Erfordernisses, so setze man das Wort an die Stelle der That und gebe, allerdings auf einem kleinen Umwege das Traditionsprincip vollkommen Preis.²⁾

werden. Gegen die entgegenstehende Ausführung von Ruhstrat (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, XIV. S. 341 u. ff.) siehe Randa, Besitz S. 461. Harburger a. a. O. S. 24 u. ff. Exner, Gutachten, S. 9

¹⁾ Tradition S. 143. Gutachten S. 7.

²⁾ An Exner haben sich angeschlossen: Windscheid, II. S. 374, N. 8a. Leonhard, der, während er in seinem Gutachten noch für die möglichst unbeschränkte Wirkung des Constituts eingetreten war, nunmehr in dem auf S. 63, N. 1 citirten Referate über

Dem gegenüber hat nun R a n d a ¹⁾ neuerlich die bislang herrschende Lehre vertheidigt, indem er darauf hinwies, dass beim *constitutum possessorium* allerdings ein die Detention *alieno nomine* bedingendes Rechtsgeschäft vorhanden sein müsse, allein lediglich aus dem Grunde, weil ohne Angabe einer solchen *causa* der ernstliche Wille der Parteien, dass der bisherige Besitzer wirklich Namens des Erwerbers *detinere*, gar nicht ersichtlich sei. Das Verhältniss sei hier dasselbe, wie jenes des Traditionswillens zur *causa traditionis*, und wie bei der Tradition eine *objective causa* (selbst nach österreichischem Rechte) nicht erforderlich sei, so genüge auch beim *Constitut* ein *subjectiver Detentionsgrund*.

Harburger ²⁾ endlich erfordert zwischen Erwerber und Alienanten ein Rechtsverhältniss, demzufolge dieser zum Besitzerwerb für den Anderen legitimirt erscheint, legt also alles Gewicht auf den Bestand einer *causa repraesentationis*. Nach der Verschiedenheit dieser *causa* unterscheidet er auch zwei Arten

die Schrift von Harburger seine Ansicht dahin präcisirt, dass von dem Constituenten eine Detentionspflicht übernommen werden müsse; Hellwig, im Archiv für civilistische Praxis, LXIV. S. 385. Vgl. auch den Beschluss des fünfzehnten deutschen Juristentages in den Verhandlungen desselben, II. S. 130. Meischeider-Besitz und Besitzschutz S. 290. Auf demselben principiellen Standpunkte steht auch Behrend, Gutachten S. 82, doch knüpft er die Rechtsbeständigkeit des *constitutum possessorium* auch *de lege lata* an die Voraussetzung, dass zugleich mit der Veräusserung ein Rechtsverhältniss begründet wird, welches dem Veräusserer die Befugniss zum Gebrauche der veräusserten Sache gewährt.

¹⁾ Besitz, S. 466.

²⁾ A. a. O. S. 15, 36, 44, 58.

des Constituts, das ausdrückliche und das stillschweigende, deren ersteres dort anzunehmen ist, wo der zum Besitzerwerbe beauftragte Stellvertreter den Besitz zunächst proprio nomine erlangt und sodann in Befolgung des ihm gewordenen Auftrages durch Umsetzung des animus rem sibi habendi in den animus alieno nomine possidendi den Vertretenen zum Besitzer macht, deren zweites aber dann vorliegt, wenn die beiden eben erwähnten Momente (Auftrag zum Besitzerwerbe und animi mutatio) nicht ausdrücklich und formell selbständig, sondern in einem mit der Verabredung über die Besitztradition verbundenen Vertrage über Fortsetzung des Besitzes nomine des Erwerbers in die Erscheinung treten.

Fragen wir uns nun, welcher dieser vier verschiedenen Theorien vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus beizupflichten ist, so ist es gewiss richtig, dass nahezu alle Stellen, in denen dem constitutum possessorium Wirksamkeit beigemessen wird, auch eines besonderen Rechtsverhältnisses Erwähnung thun, kraft dessen der Constituent die Gewahrsam der Sache weiter behalten soll; ¹⁾ allein daraus lässt sich auf die Uebernahme der Detentionspflicht als Geltungsvoraussetzung des Constituts aus dem Grunde nicht schließen, weil jene causae detinendi in den bezüglichen Stellen recht wohl nur zur Exemplification und plastischeren Darstellung des Einzelfalles herangezogen sein können und weil gerade in jener Stelle, in welcher von dem Constitute ohne Beziehung auf einer

¹⁾ Exner, Tradition S. 144, N. 56. Gutachten S. 7. Leonhard in der kritischen Vierteljahrsschrift, XXIII. S. 314, 315.

concreten Fall gehandelt wird (l. 18, pr. D. de acqu. v. am. pop. 41, 2), von einem Detentionsgrunde oder einer Detentionspflicht, aber auch, wie gegen Harburger bemerkt werden darf, auch von einem besonderen Auftrage zum Besitzerwerbe nicht gesprochen wird.¹⁾ Bestimmter scheint dies schon in einer Reihe von Constitutionen ausgedrückt, welche die Schenkung mit dem Vorbehalte des Niessbrauches zum Gegenstande haben (l. 8. 9. C. Theod. de don. 8. 12. l. 28. l. 35. §. 5. l. de don. 8. 54.)²⁾ allein immerhin ist auch hier nur für das *constitutum possessorium* mit *retentio ususfructus* verfügt, ohne dass auf dasselbe Erforderniss für andere Fälle mit Sicherheit geschlossen werden könnte; und was endlich die l. 48. D. de acqu. v. am. poss. 41. 2.³⁾ anlangt, so enthält diese kein *constitutum possessorium*, und es ist immer misslich, aus einer Stelle, in welcher es dem Juristen augenscheinlich darum zu thun ist, zu zeigen, wie der Donatar ohne weitere Thätigkeit des Geschenkgebers in den Besitz der geschenkten *praedia* zu gelangen vermag, mit Leonhard⁴⁾ schliessen zu wollen, wann und

¹⁾ Vgl. auch die Redactionsanmerkung zu der Bemerkung Leonhard's a. a. O., S. 314.

²⁾ Leonhard a. a. O. S. 339. Harburger S. 52, 53. L. 35, § 5, C. de don. 8, 54. *Sed si quidem in omnibus supradictis casibus ususfructus fuerit a donatore retentus, et traditionem iure intelligi fieri.*

³⁾ *Praedia cum servis donavit eorumque se tradidisse possessionem literis declaravit. Si vel unus ex servis, qui simul cum praediis donatus est, ad eum qui donum accepit, pervenit, mox in praedia remissus est: per servum praediorum possessionem quaesitam ceterorumque servorum constabit.* Vgl. darüber Savigny, Besitz S. 320. Harburger S. 38 u. ff.

⁴⁾ A. a. O. S. 319.

unter welchen Voraussetzungen er mit Hilfe des anderen Contrahenten den Besitz erlangen könnte.

Wenn also nun auch nicht geleugnet werden kann, dass alle diese Stellen das Erforderniss einer *causa detentionis* für das Constitut nahe legen, so ist daraus ein reines Resultat direct doch wohl nicht zu gewinnen. Suchen wir aber einem solchen auf dem Wege allgemeiner Betrachtung näher zu kommen, so ist es sofort klar, dass die Polemik Randa's gegen Exner's Darlegungen insoferne gegenstandslos erscheint, als ja beide principiell auf demselben Standpunkte bestehen und auch in der praktischen Verwerthung des Principes wohl miteinander gehen dürfen. Denn Exner behauptet nunmehr ¹⁾ nicht, dass das als *causa detentionis* geforderte Rechtsgeschäft objectiven Bestand haben müsse, und auch Randa bestreitet die Denkbarekeit eines abstracten Detentionswillens und sohin auch die Wirksamkeit eines Constituts ohne einen concreten Detentionsgrund. Demnach kann nur gefragt werden, ob ausser den beiden oben angeführten Erfordernissen des *constitutum possessorium* noch ein weiteres, auf die Befugniss des bisherigen Besitzers zur Weiterausübung der Detention bezügliches aufzustellen und ob dieses in dem Vorliegen einer *causa detentionis* oder einer *causa re. praesentationis* zu erblicken sei.

Die erste Frage scheint mir bejaht werden zu müssen. Der Vertretene erwirbt durch *constitutum possessorium* Besitz und Eigenthum der zu übereig-

¹⁾ Gutachten S. 8. Dagegen aber erklärt Behrend, Gutachten S. 83, N. 23, den Rechtsbestand des Constituts von der Giltigkeit der *causa detentionis* abhängig.

nenden Sache ohne selbst in ein Gewaltverhältniss über dieselbe zu treten; diese Gewalt wird ausgeübt durch den Constituenten, also einen Stellvertreter a quo und per quem sich der Erwerb vollzieht. Sieht man nun in dem *constitutum possessorium* ein einheitliches Institut, welches sich darin erschöpft, dass der Detentor einer Sache seinen bisherigen *animus rem sibi habendi* einfach in den *animus rem pro alio possidendi* umsetzt, so entsteht sofort die Frage nach der Zulässigkeit und rechtlichen Möglichkeit einer derartigen Vertretung und nach der Fähigkeit des einen Contrahenten, zugleich als solcher, wie auch als Vertreter des anderen zu fungiren, und das *constitutum possessorium* ist dann wirklich, wie es schon Azo, freilich von einem anderen Gesichtspunkte aus erschien, ein *mirabile mundi*.¹⁾ Denn es ist ein derartiger Erwerb von und durch den Repräsentanten als einheitlicher Act ebenso wenig denkbar, als wenn ein Vormund mit seinem durch ihn vertretenen Mündel ein Rechtsgeschäft abschliessen wollte.²⁾ Eine derartige Repräsentation scheint mir vielmehr nur in einem doppelten Falle denkbar: einmal, wenn jener Moment, mit welchem der Constituent, als Besitzer zu handeln aufhört und als Stellvertreter zu fungiren beginnt, thatsächlich einen Wendepunkt in dem Verhalten des Constituenten bildet und als solcher auch in sinnenfälliger Weise fixirt wird, und ferner dann, wenn sich

¹⁾ Summa in Cod. tit. de poss. N. 7, 8.

²⁾ L. 5, § 2, D. de auct. 26, 8. Item ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest. Sed enim si contutorem habeat, cujus auctoritas sufficit, procul dubio emere potest. Vgl. auch Leonhard a. a. O. S. 327.

an den auf Uebereignung gerichteten Vertrag ein von demselben unabhängiges Rechtsverhältniss anschliesst, dem zufolge der Alienant berechtigt wird, die Sache, anstatt sie dem Erwerber zu bringen, bis auf weiteres noch zu behalten, und in welchem er, der bisher Geber war, unzweideutig als Nenner der Sache erscheint. Und das Ergebniss dieser aus dem Begriffe der Stellvertretung abgeleiteten Erwägungen findet seine Bestätigung auch bei Betrachtung der vom legislativ-politischen Standpunkte aus gegen die Zulassung des *constitutum possessorium* und dessen Wirksamkeit gegen Dritte innerhalb eines auf dem Traditionsprincipe aufgebauten Systems des Mobilarsachenrechts geltend gemachten Bedenken. Denn es kann ja, und dies gilt insbesondere für den Fall des *Concurses* oder der *Execution* in das Vermögen des *Constituenten*, dass trotz Verbleibens der *Detention* bei dem bisherigen Besitzer die behauptete Besitz- und Eigenthumsübertragung nicht bloss fingirt, sondern reell gewollt worden sei, nur dann angenommen werden, wenn jeder Verdacht einer Benachtheiligung dritter Personen ausgeschlossen ist, also wenn wirklich ein ausreichender *Detentionsgrund* vorliegt, und es kann auch nur dann dieser *Parteiwille* auf einen rechtlichen Erfolg rechnen. Also nicht darauf kommt es an, dass der *Stellvertretungswille* ausdrücklich erklärt, sondern dass er verwirklicht, materialisirt werde, und diese Verwirklichung liegt eben nur dann vor, wenn entweder der *Stellvertreter* seinen Willen *alieno nomine possidendi* durch sein äusseres Verhalten zur Sache documentirt hat oder wenn er im Grunde eines an den Uebereignungsvertrag sich anschliessenden Rechts-

verhältnisses, welches bei sofortiger Uebergabe die Rückübergabe zur Folge hätte, die Detention der Sache auszuüben berechtigt wird und sie demgemäss ausübt.¹⁾

Anlangend aber die Frage nach dem Erfordernisse der Rechtsbeständigkeit der *causa detentionis* so glaube ich zwischen den beiden eben dargestellten Fällen²⁾ einen Unterschied höchstens in der Weise machen zu dürfen, dass bei dem abstracten Constitut, bei welchem der Constituent die Sache ersichtlich als eine fremde behandelt, es genügt, wenn die Parteien ganz allgemein darüber einverstanden sind, dass die Sache bis auf weiteres bei dem Veräusserer bleiben solle, während bei dem concreten Constitut die Parteien eine bestimmte *causa detentionis* (dingliches Nutzungsrecht, Pfand, Gesellschaft, Miethe, Leih- oder Verwahrungsvertrag) verabredet haben müssen. Doch ist auch hier die objective Giltigkeit des Detentionsgrundes nicht erforderlich, da ja sonst der Erwerber, um seine *rei vindicatio* zu fundiren, das Vorliegen der Erfordernisse einer *actio depositi* darthun müsste und da ja auch sonst dafür, dass der Stellvertreter thatsächlich *alieno nomine* gehandelt hat, der Umstand nicht massgebend ist, ob der Auftrag, auf welchem das Stellvertretungsverhältniss beruht, rechtsgiltig ertheilt ward oder nicht.

¹⁾ Dabei scheint es mir unerlässlich, dass die Sache im Augenblicke des *constitutum* wenigstens principiell eine Uebergabe zulässt und ich halte sohin die Uebereignung von *saltus aestivi* durch *Constitut* im Winter für unmöglich.

²⁾ Es sind dies das *constitutum possessorium expressum* und *tacitum* der älteren Theorie (vgl. Harburger S. 6), richtiger scheint mir die Bezeichnung *abstractes* und *concretes* *Constitut*.

Ich stehe sohin im wesentlichen auf dem von Exner und Randa getheilten Standpunkte und bemerke nur gegen Leonhard, dass die Verbindung der Traditionswirkung mit einer Nichttradition wohl richtiger an ein Rechtsverhältniss als an eine Pflicht angeknüpft wird. Gegen Harburger aber und die Zweitheilung des Constituts, wie er sie vertritt, darf ich darauf verweisen, dass bei dem ausdrücklichen *constitutum possessorium*, insoweit man ein solches als rechtlich wirksam wird zugeben wollen, die *causa repraesentationis* die *causa detentionis* schon in sich begreift, und dass ganz allgemein die *causa repraesentationis*, wie schon Leonhard ¹⁾ betonte und Harburger ²⁾ für das von ihm sogenannte stillschweigende *constitutum possessorium*, also für den Hauptfall des ganzen Instituts, selbst zugibt, in letzter Linie auch nichts anderes ist, als jenes Rechtsgeschäft, im Grunde dessen der Constituent nicht repräsentirt, sondern determinirt, und es ist die *causa repraesentationis* nur ein anderer, das Gewicht mehr auf die formelle, als auf die materielle Seite des Stellvertretungsverhältnisses legender Name für die *causa detentionis*.

Das österreichische Recht stimmt in dieser Frage mit dem gemeinen vollkommen überein. Während das westgalizische Gesetzbuch (II. 6. § 164) den Eigenthumsübergang an die Erklärung des Uebergebers knüpfte, »dass er eine Sache nur im Namen des Uebernehmers behalten wolle«, haben die Verfasser des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches diese

¹⁾ A. a. O. S. 337.

²⁾ S. 67.

Bestimmung dahin geändert, dass der Veräusserer seinen Willen, die Sache künftig im Namen des Uebernehmers innezuhaben, auf eine erweisliche Art an den Tag legen müsse; und es erläutert dies Zeiller ¹⁾ dahin, dass diese Erklärung ausdrücklich mit Worten oder schriftlich mittels einer Urkunde oder aber stillschweigend geschehen könne, indem man sich z. B. künftig bloss die Fruchtniessung oder den Gebrauch der Sache vorbehält, dass aber ohne eine solche Erklärung das Constitut nicht angenommen werden dürfe. Dass aber auch nach österreichischem Rechte eine bloss subjective causa detentionis genügt, folgt einmal aus der Anerkennung des abstracten Constituts, dann aber, wie ich glaube, daraus, dass die Verfasser des Gesetzbuches gegenüber der Vorschrift des preussischen Rechts, ²⁾ das die Rechtsgiltigkeit der die Willensänderung enthaltenden Erklärung verlangt, sich mit der Erweislichkeit der Willensänderung begnügten.

Liegen aber die Erfordernisse eines *constitutum possessorium*, welche ich nach dem Ausgeführten dahin präcisire: Besitz des Veräusserers, Umsetzung des *animus rem proprio nomine possidendi* desselben in den *animus rem pro alieno possidendi* und endlich rechtliches Interesse der Contrahenten daran, dass die Sache trotz deren Uebertragung an den Erwerber doch zunächst bei dem Constituenten verbleibe, vor, dann übergeht ohne jede Rücksicht auf die *causa traditionis* Eigenthum und Besitz auf den Uebernehmer,

¹⁾ Commentar II. S. 226,

²⁾ A. L. R. I. 7. § 71.

und wenn auch Schenkung den Rechtsgrund der Eigenthumsübertragung bildet, so kann doch bei deren Realisirung per constitutum possessorium,¹⁾ da dieses nun einmal Eigenthumsübergang wirkt, die notarielle Errichtung des Schenkungsvertrages bei dem gegenwärtigen Stande unserer Gesetzgebung²⁾ nicht für nothwendig erachtet werden.³⁾

¹⁾ Ueber Schenkung durch constitutum possessorium vgl. Meyerfeld, I. S. 95 u. ff. Savigny, IV. S. 107. Holzschuher, III. S. 475.

²⁾ Die Unabhängigkeit einer derartigen Schenkung von der notariellen Errichtung anerkennen die Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes vom 13. December 1877, Z. 5518 (Gerichtshalle 1878, Nr. 65) und vom 9. April 1878, Z. 15,229 (Gerichtshalle 1879, S. 112). Dagegen betrachtet die Entscheidung vom 27. November 1879, Z. 10.312 (Pravnik 1880 S. 230, Glaser-Unger-Walther, Nr. 7673) den Notariatsact als das einzige Mittel zur Erweisung der ex causa donationis erfolgten animi mutatio. Vgl. auch Ofner in der Gerichtshalle 1881, S. 270. Für das preussische Recht ist Dernburg (II. S. 419) auf Grund von A. L. R. I. 11. § 1068 anderer Anschauung.

³⁾ Gegenüber der grossen Bedeutung, welche das constitutum possessorium für das Verkehrsleben hat (vgl. darüber Leonhard, Gutachten, S. 98 u. ff.) fallen die vom legislativ-politischen Standpunkte gegen dessen Zulassung geltend gemachten Bedenken nicht in's Gewicht und es sind dieselben um so weniger begründet, wenn man an dem Erfordernisse einer causa detentionis festhält. Sobald man sich nicht entschliesst das Traditionsprincip aufzugeben, wozu es m. E. an genügendem Grunde und gegenwärtig, wie ich glaube, auch an jeder Aussicht gebricht, so mag es sich immerhin empfehlen, de lege ferenda wenigstens bei der Schenkung den Eigenthumsübergang durch Constitut zu erschweren und entweder für die causa traditionis, also die Schenkung (vgl. auch Franken in den Verhandlungen des XV. deutschen Juristentages, I. S. 151) oder, was ich für richtiger halte, für die causa detentionis die Begründung in solenner Form vorzuschreiben.

Anlangend die Schenkung von ideellen Theilen einer Sache (Eigenthumsantheilen) ¹⁾ so ist zur Realisirung einer solchen nach österreichischem Rechte immer die Tradition erforderlich (§ 1181 a. b. G. B.). Diese wird erfolgen:

1. Wenn eine Sache mehreren Personen geschenkt werden soll, regelmässig durch Uebergabe an eine von ihnen, die zugleich als Stellvertreter der anderen fungirt.

2. Wenn man einem Zweiten einen Eigenthumsantheil an einer Sache schenkt, deren Miteigenthümer man bleiben will, durch körperliche Uebergabe oder durch constitutum possessorium, für welches die Societät die causa detentionis abgibt.

3. Dasselbe gilt von dem Falle, wenn ein Miteigenthümer seinen Eigenthumsantheil an einen extraneus schenkt.

4. Verschenkt man denselben jedoch an den anderen Miteigenthümer, so wird diese donatio entweder durch körperliche oder durch brevi manu traditio effectuirt, je nachdem der Schenker oder der Donatar die Sache innehaben.

B. Bei Immobilien.

Bei der Schenkung von Immobilien, für welche im Grundbuche eine Einlage eröffnet ist, wiederholt sich die oben erörterte Frage nach der Bedeutung der »wirklichen Uebergabe« in erhöhter Dringlichkeit, und es ist begreiflich, dass jede der verschie-

¹⁾ Ueber die hiebei sich ergebenden Fälle vgl. Meyerfeld, I. S. 123.

denen möglichen Auffassungen dieser Worte ihre Anhänger gefunden hat.

I. Dass unter der wirklichen Uebergabe die physische Besitzeinweisung zu verstehen sei, wird von Bürgel ¹⁾ und Strohal ²⁾ gelehrt. Insbesondere Letzterer weist darauf hin, wie dem Gesetze vom 25. Juli 1871 Z. 76 R. G. Bl., offenbar der Gedanke zu Grunde liege, dass für die Ernstlichkeit des Schenkungswillens gewisse Garantien gefordert werden müssen. Eine solche Garantie werde aber einerseits in einer bestimmten Form des Schenkungsversprechens, andererseits aber auch darin gefunden, dass der Schenkgeber seinen Schenkungswillen durch Leistung dessen, was geschenkt werden soll, bethätigt hat, ohne dass es gerade nothwendig sei, dass die beabsichtigte Vermögenszuwendung nach allen Seiten hin realisirt wurde. Eine solche zureichende Bethätigung scheint ihm nun dann vorzuliegen, wenn sich der Schenkgeber durch Tradition der geschenkten Liegenschaft in eine Lage versetzt hat, vermöge welcher er erst der Anstellung der Vindication bedürfte, um den Sachbesitz wieder zu erhalten, und es müsste sohin dem Donatar ein klagbarer Anspruch gegen den Geschenkgeber auf Gestattung der Gewähranschreibung, selbstverständlich auch ein obligatorisches Recht zum Behalten der bereits tradirten Sache und somit auch ein Einredeschutz gegen die Vindication des Letzteren zugestanden werden.

Ich glaube jedoch diese Auffassung als unrichtig und die für sie geltend gemachten Gründe als unzu-

¹⁾ In dem in N. 78 citirten Aufsätze.

²⁾ Zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien. S. 78 u. ff.

treffend erweisen zu können. Denn vor Allem entbehrt schon die Behauptung, dass zur Ausschliessung des Formerfordernisses irgend welche thatsächliche Manifestirung des Schenkungswillens genüge und eine allseitige Realisirung der beabsichtigten Vermögenszuwendung nicht nothwendig sei, jedes Anhaltspunktes im Gesetze. Dieses spricht nämlich nicht von blosser thatsächlicher Manifestirung des Schenkungswillens; die Ernstlichkeit des animus donandi ist nicht etwa ein im Gesetze sich vorfindendes Kriterium für die Rechtswirksamkeit der Schenkung, sondern sie fällt ausschliesslich in den Bereich der ratio legis, gehört also in die Zeit vor der gesetzlichen Fixirung des Ergebnisses legislativer Erwägungen. Gewiss ist die Hintanhaltung leichtsinniger Schenkungen einer der wesentlichsten Gründe für die Aufstellung der verschiedenen Beschränkungen der Schenkung in Richtung auf ihren Inhalt und ihre Form; allein unter all' diesen möglichen Mitteln hat unsere Gesetzgebung ein bestimmtes bereits gewählt und es geht nun nicht an, dieses zu vernachlässigen und sich darauf zu berufen, dass man der Absicht des Gesetzgebers in anderer gleich sicherer und vielleicht auch eine erhöhte Garantie bietender Art entsprochen habe. Nach dem Gesetze bedarf es aber, falls nicht die Form des Notariatsactes erfüllt werden will, der wirklichen Uebergabe und hiezu gehört wiederum, dass die Schenkung vollzogen sei, der Donatar das, was er bekommen soll, auch bereits habe und zu dessen Erlangung weiter keine Thätigkeit aufwenden müsse; und es anerkennt dies eigentlich auch Strohal, indem er, freilich ohne diese Erkenntniss weiter zu verwerthen, neben die

Beobachtung der Formvorschrift »die Leistung dessen, was geschenkt werden soll« stellt. Geschenkt werden soll aber nicht die Sache schlechthin, sondern die Sache zu Eigenthum.¹⁾ Bei einer solchen Schenkung jedoch ist physische Besitzeinweisung mit Nichten wirkliche Uebergabe, da sie nicht unmittelbar Eigenthum gewährt und überdies auch die nachmalige Uebereignung nicht zu einer rechtlichen Nothwendigkeit erhebt. Wollte man aber nichtsdestoweniger die Tradition genügen lassen und dem Donatar aus derselben einen wirksamen Anspruch auf Gewähranschreibung einräumen, so würde man aus einer weil nicht sofort das Eigenthum gewährenden, also ohne wirkliche Uebergabe und formlos geschlossenen daher ungiltigen Schenkung ein Klagerecht gewähren, käme also darauf hinaus, ein privates Schenkungsversprechen für verbindlich zu erklären und die wirkliche Uebergabe dann doch erst in der bücherlichen Ueberschreibung zu erblicken. Zur Herbeiführung einer solchen Wirkung reicht aber die bloße Tradition der Liegenschaft nicht aus: eine thatsächliche Manifestirung des Schenkungswillens, welche nicht wirkliche Uebergabe ist, vermag

¹⁾ Die Schenkung einer Sache ist Schenkung von Eigenthum. Dies gilt für das gemeine Recht (l. 9. § 3. D. de don. 39. 5. *Donari non potest nisi quod ejus fit quod donatur*, vgl. auch Meyerfeld, I. S. 115. 116) und nicht minder auch für das österreichische; es ist in III. 2. § 49 w. g. G. B. (»weil aber bald das Eigenthum einer Sache«) ausgesprochen und geht auch aus § 948 a. b. G. B. hervor. Vgl. übrigens auch A. L. R. I. 11. § 1037: »Schenkungen sind Verträge, wodurch Einer dem Andern das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet.« Siehe auch noch Ihering, *Der Zweck im Recht*. I. S. 275.

von dem Erfordernisse notarieller Vertragsschliessung nicht zu befreien. Welches wären aber auch die Consequenzen der Strohal'schen Anschauung und wo gäbe es Grenzen für sie! Wer Jemandem eine lebenslängliche Rente schenken will, manifestirt seinen Willen thatsächlich durch Auszahlung der ersten Rate, und eine thatsächliche Manifestirung des Schenkungswillens kann auch in jeder Theilleistung gesehen werden. Aber eine derartige Bethätigung des animus donandi ist zureichend vielleicht für den Psychologen, aber nicht für das Gesetz, das in und mit der wirklichen Uebergabe eben eine allseitige einer weiteren Klage des Donatars nicht mehr Raum gebende Realisirung der beabsichtigten Vermögenszuwendung verlangt.

Man könnte aber vielleicht auch noch geltend machen, dass es den Parteien nicht nothwendig um Eigenthumsübertragung, sondern ganz einfach um Gewährung der Sache, nicht um die Rechtsfolgen, sondern um wirthschaftliche Folgen zu thun sei.¹⁾ Wenn der *A* dem *B* eine Uhr schenke, so komme es den beiden nicht auf Recht oder Factum, sondern auf die Sache an, und wie viel es an der Zeit sei, ersehe man nicht am Besitz oder Eigenthum, sondern an der Uhr. Der beabsichtigte Erfolg werde aber durch die Tradition vollkommen hergestellt und wirkliche Uebergabe liege sohin vor. Der Donatar habe einen An-

¹⁾ Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. XIX. S. 163. 165. 173 u. ff. vgl. auch Kohler, Das Autorrecht, ebendasselbst, XVIII. S. 130 u. ff.

spruch auf Gewähranschreibung nicht, wohl aber einen wirksamen Einredeschutz gegen die Vindication des Geschenkgebers. Dem gegenüber ist aber ein mehrfaches zu bemerken. Vor allem kommt es nicht darauf an, was die Parteien wollen, sondern was dieselben können.

Wirthschaftliche Folgen sind aber auf dem Rechtsgebiete erreichbar nur in rechtlichen Formen, und mag man das Wesen des Rechtsgeschäftes erblicken in einer auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen oder aber in einer auf die Erreichung von wirthschaftlichen Zwecken gerichteten Parteihandlung, unter allen Umständen tritt dieser Erfolg nur in einem juristischen Gewande und nur dann ein, wenn für ihn auf dem Rechtsgebiete ein Raum ist. Für das beziehungslose, von jedem rechtlichen Charakter absehende Haben einer Sache ist dies nicht der Fall. Der Schenker mag wohl bloss an die Hingabe der Sache, der Donatar an den Empfang derselben denken, diese Parteiabsicht wird aber, wenn sie auf volles uneingeschränktes Haben abzielt, vom Rechte sanctionirt durch Gewährung des Eigenthums und realisirt durch die Setzung eines jener Acte, an deren Vornahme das Recht die Folge des Eigenthumsüberganges knüpft. Die Contrahenten haben, falls sie das vom Rechte dargebotene Mittel verfehlten, auch die Erreichung ihrer Absicht verfehlt, und die Herstellung eines der rechtlichen Charakterisirung entbehrenden factischen Zustandes kann nicht als dem Schutze des Rechtes anvertraut erachtet werden. Wer also eine Sache zu vollem Haben schenkt, braucht hiebei nicht daran zu denken, welchen Vorthail der Donatar gerade aus dem

Eigenthum ziehen wird, allein der Letztere wird die Sache nach der Intention des Gebers nur haben, wenn er Eigenthümer derselben geworden. Für den Immo- bilarverkehr ist aber die blosse Besitzeinweisung kei- neswegs Eigenthumsübertragung und darum auch nicht wirkliche Uebergabe und dies nach österreichischem Rechte, nach welchem der Verkehr mit Immobilien nicht in der Form der Tradition, sondern nahezu aus- nahmslos in jener der Intabulation sich vollzieht, so wenig, dass man, wenn die Parteien nicht die bücher- liche Uebertragung der Liegenschaft veranlassen, an deren ernstlichem Willen, dieselbe zu schenken, billig zweifeln muss. Ist aber die Tradition eines Immobile nicht wirkliche Uebergabe, so liegt Mangels eines Notariatsactes keine giltige Schenkung vor und ich sehe nicht ein, woraus eine Einrede gegen eine etwaige Vindication des Eigenthümers entspringen sollte. Denn ein formloses Schenkungsversprechen erzeugt keine natürliche Verbindlichkeit zu seiner Erfüllung und die in § 1432 a. b. G. B. verfügte Ausschliessung der re- petitio soluti hat mit einer exceptio rei donatae ac traditae nichts zu thun, da sie — und ich erblicke in den Vorschriften der §§ 943 und 1432 a. b. G. B. Aus- flüsse eines gemeinsamen höheren Principes — die Zahlung einer Schuld, also die vollkommene Lösung der in einer solchen enthaltenen Spannung ¹⁾ zur Vor- aussetzung hat.

Bei einer Naturalobligation auf Eigenthums- verschaffung kann die blosse Besitzeinweisung als

¹⁾ Vgl. meinen Aufsatz in der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit. 1879. S. 35.

derartige Zahlung nicht angesehen werden und es geht auch nicht an, die aus § 1432 a. b. G. B. entspringende Einwendung gegen eine *reivindicatio* zu gewähren. Dazu treten dann auch noch die grossen Inconvenienzen der bekämpften Anschauung in deren praktischer Durchführung. Der Geschenkgeber, welcher den Donatar lediglich in den Besitz der geschenkten Realität gesetzt, könnte dieselbe zwar nicht vindiciren, wohl aber über sie bücherlich disponiren,¹⁾ ohne hiefür dem Besitzer gegenüber irgendwie verantwortlich zu werden; seine Gläubiger könnten die Realität auch ohne Rücksicht auf das in § 953 a. b. G. B. gegebene Anfechtungsrecht exequiren und sie in den Concurs ihres Schuldners einbeziehen;²⁾ der Besitzer dagegen hätte keinen Anspruch auf die bücherliche Uebertragung und könnte die Liegenschaft nicht belasten: es wäre einzig und allein in das Belieben des Geschenkgebers gestellt, ob er den Donatar im Besitze der tradirten Sache belassen wolle, und der dem Letzteren zuerkannte Einredeschutz wäre rein illusorisch. In der Begründung einer derartigen Sachlage ist aber eine wirkliche Uebergabe gewiss nicht gelegen, und ich kann daher die Anschauung, als ob eine solche bei dem Normalfalle der Schenkung eines Immobile in der Tradition gefunden werden dürfe, auch in dieser Formulirung für richtig nicht erblicken.³⁾

¹⁾ Dies anerkennt auch Strohal a. a. O. S. 78. N. 23.

²⁾ Strohal a. a. O. S. 87.

³⁾ Auch nach den Bestimmungen der *lex Cincia* genügte zur Schenkung einer *res Mancipi* die blosse Tradition nicht, da die gegen die Vindication etwa vorgeschützte der *exceptio rei venditae ac tra-*

2. Wohl als ganz vereinzelt darf eine Anschauung bezeichnet werden, die in der unmittelbaren Ausstellung der mit der Einverleibungsclausel versehenen Tabularurkunde die sofortige Uebertragung, also die wirkliche Uebergabe erblickt.¹⁾ War dies schon für die Zeit vor der Wirksamkeit des Gesetzes vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., nicht genau, indem ja nach § 943 a. b. G. B. die private Urkunde wohl zur Begründung des Klagerechts genügte, darum aber an sich noch keine wirkliche Uebergabe bedeutete,²⁾ so ist dies gegenwärtig um so unrichtiger, indem ja der Donatar mit einer solchen Urkunde weder Besitz noch Eigenthum hat

ditae nachgebildete exceptio rei donatae ac traditae durch die replicatio legis Cinciae entkräftet werden konnte; es musste daher noch die mancipatio oder in jure cessio hinzukommen. Vgl. fragm. Vat. 293. 313. (Donatio praedii quod mancipi est, inter non exceptas personas traditione atque mancipatione perficitur). Vangerow, I. S. 178. Savigny, IV. S. 195. Danz, Rechtsgeschichte. II. S. 178 i. f. Puchta, Cursus der Institutionen. II. S. 55. 56. Die Analogie zwischen Mancipation und Tradition einerseits und Intabulation und Besitzeinweisung andererseits ist aber gewiss unverkennbar und zutreffend.

¹⁾ Diese Ansicht wird von Klug (Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1873, Nr. 14) vertreten und damit begründet, dass die Unterfertigung der privaten Schenkungsurkunde die symbolische Uebergabe der Sache enthalte. Vgl. dagegen auch Roncali an demselben Orte.

²⁾ Vgl. gegen die entgegengesetzte Meinung von Unger, II. S. 108 N. 14 a. auch Stubenrauch, III. S. 108 N. 6. Wenn aber noch in der dritten Auflage dieses Buches gelehrt wird, dass durch die Uebergabe der Aufsandungserklärung ein vollwirksames Schenkungsversprechen begründet werde, so ist dies ein offenes Uebersehen.

und aus derselben für ihn auch kein Klagerecht erwächst.

3. Sohin kann bei Immobilien von einer wirklichen Uebergabe erst dann gesprochen werden, sobald die Einverleibung des Eigenthumsrechtes zu der geschenkten Liegenschaft für den Donatar bürgerlich durchgeführt, beziehungsweise das Einverleibungsgesuch bei dem Grundbuchsgerichte präsentirt wurde. Erst in diesem Augenblicke hat der Beschenkte das erlangt, was er erlangen soll, erst jetzt ist die Schenkung realisirt und keine weitere Klagsanstellung von Nöthen und darum also auch nur dann die Beachtung notarieller Errichtungsform nicht geboten.

Eine andere Frage aber ist es, ob die Parteien, wenn sie den Schenkungsvertrag nicht in notarieller Form errichteten, die bürgerliche Uebertragung der Realität auf den Donatar bewirken können, und in der That ergibt sich, wenn schon nicht direct aus dem Gesetze vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., so doch aus den Vorschriften unseres Grundbuchsrechtes das Erforderniss der Aufnahme eines Notariatsactes über die Schenkung eines unbeweglichen Gutes ganz ausnahmslos; und es rechtfertigt sich diese Aufstellung in der Betrachtung des ganzen Verlaufes einer solchen Schenkung.

In der Absicht ein Grundstück zu schenken, stellt Jemand einem Anderen eine Urkunde des Inhaltes aus, dass er ihm hiedurch das Eigenthum desselben schenkweise überlasse und einverstanden sei, dass jener als dessen Eigenthümer grundbücherlich eingetragen werde, und setzt seine beglaubigte Unterschrift bei. Auf Grund

dieser den §§ 31, 32 a. G. G. entsprechenden Urkunde sucht nun der Donatar um Einverleibung des Eigenthumsrechtes zu seinen Händen an und es entsteht nun die Frage, ob ihm diese zu bewilligen sein wird oder nicht. Diese Frage aber ist identisch mit jener nach dem Umfange der Anerkennung des Legalitätsprincipes im österreichischen Grundbuchsrechte ¹⁾ und kann wiederum, soweit sie hier von Interesse ist, nur beantwortet werden auf Grund gewonnener Klarheit über die Bedeutung des § 26, Abs. 2, a. G. G. und der darin enthaltenen Vorschrift, dass die Urkunden, auf Grund welcher eine Eintragung bewilligt werden soll, wenn es sich um die Erwerbung oder Umänderung eines dinglichen Rechtes handelt, einen giltigen Rechtsgrund enthalten müssen.

In dieser Richtung erklärt es Strohal ²⁾ für nicht erforderlich, dass die ausgestellte Intabulationsurkunde das obligatorische Veräußerungsgeschäft, vorausgesetzt dass ein solches der Eintragung überhaupt vorangeht, selbst enthalte; es genüge vielmehr, wenn in der Urkunde der Rechtsgrund der Uebereignung genannt ist; ja Strohal geht noch weiter und bestreitet die Nothwendigkeit, dass dem zweiseitigen Antrage auf Eintragung ein obligatorischer Vertrag überhaupt vorangehe und er behauptet, dass wenn der im Buche als Eigenthümer der Villa *X* eingetragene *A* gemeinschaftlich mit dem *B*, ohne mit dem-

¹⁾ Vgl. darüber im Allgemeinen Randa, *Právo vlastnické*, S. 147. Exner, *Das österreichische Hypothekenrecht*, S. 28, 123. Schiffner, *Lehrbuch des österreichischen Civilrechts*, I. § 105.

²⁾ A. a. O. S. 34, 35 insbes. N. 15.

selben vorher eine Abrede getroffen zu haben, vor dem Tabular- (Einzel-) Richter erscheint, wobei der erstere zu Protokoll gibt, dass er seine Villa dem *B* hiemit schenke und demgemäss die Eintragung des Eigenthumsüberganges zu Gunsten des *B* bewillige, während der letztere die Vornahme dieser Eintragung unter Einem beantragt, dass alsdann dem *B* die Eintragung des Eigenthumsüberganges nicht werde versagt werden können.

Dem gegenüber versteht Krasnopol'ski ¹⁾ den § 26, Abs. 2, a. G. G. dahin, dass anlässlich des Anschehens um Einverleibung von Eigenthum die Urkunde über das Rechtsgeschäft selbst beigebracht werden müsse und ich stehe nicht an, mich dieser Anschauung vollinhaltlich anzuschliessen. Den historischen Beweis für dieselbe hat Krasnopol'ski in m. E. stringenter Weise dahin erbracht, dass das ältere Tabularrecht, welches in der Einverleibung nicht von Rechten, sondern von Rechtsgeschäften seinen prägnanten Ausdruck fand, und das, allerdings in abgeklärtester Form in § 434 a. b. G. B. wiederkehrt, durch das allgemeine Grundbuchsgesetz und dessen § 26 nicht geändert werden wollte, und in dogmatischer Beziehung möchte ich darauf verweisen, wie die blosse Namhaftmachung eines Titels, nach dessen Realität die Frage ausgeschlossen wäre, jeder inneren Begründung entbehrte, wie ferner nach österreichischem Rechte das Legalitätsprincip immerhin noch einen bedeutenden Spielraum beherrscht und der Grundbuchsrichter innerhalb

¹⁾ »Erörterungen aus dem Grundbuchsrechte« in den Mittheilungen des deutschen Juristenvereines in Prag, IX. (1877) S. 16—31. Uebereinstimmend Exner, Hypothekenrecht, S. 167.

der ihm gezogenen Grenzen allerdings richterliche Functionen übt ¹⁾ und hiezu durch § 94, Abs. 3 und 4 a. G. G.²⁾ angewiesen wird. Stroh al selbst aber gelangt zu seiner Anschauung durch Unterschätzung der Bedeutung der *justa causa* für den Eigenthumsübergang, indem er daraus, dass wenn auf Grund einer bloss subjectiven *causa tradita* wurde, das Eigenthum der tradirten Mobilie auf den Empfänger übergeht,³⁾ auch schon folgert, es sei bei der Uebereignung von Immobilien für eine auf die Erforschung der *causa* gerichtete Cognition überall kein Raum, und er wird hiebei noch beeinflusst durch seine Construction des dinglichen Vertrages, die, wie Krasnopol ski ⁴⁾ mit vollstem Grunde bemerkt, der geschichtlichen Ent-

¹⁾ Gegenüber der von Stroh al in seiner mehrfach citirten Schrift versuchten Reception des Principes der Auflassung auch für das österreichische Tabularrecht möchte ich bemerken, wie auch nach deutschem Rechte zur Auflassung von Eigen die richterliche Genehmigung erforderlich war. Vgl. Sachsensp., I. 34 und dazu Sohm, Fränkisches und römisches Recht, S. 42.

²⁾ Krasnopol ski (a. a. O. S. 17) lehnt zwar die Verwendung des § 94. Al. 4. a. G. G. zur Beantwortung der Frage nach dem Umfange des Legalitätsprincipes ab, weil dieser Paragraph die Vorlegung einer Urkunde an den Richter zur Voraussetzung habe, dafür aber, ob eine Urkunde vorgelegt werden müsse, nicht massgebend sei. Mir scheint aber immerhin die Al. 3. in Verbindung mit § 26. Abs. 2. a. G. G. für die hier vertretene Anschauung entscheidend zu sein.

³⁾ Vgl. über diese Frage §§ 1431—1437 a. b. G. B. Randa, Besitz, S. 467. *právo vlastník*, S. 114, 153. Allg. österr. Gerichtszeitung, 1871, Nr. 43, 44. Kirchstetter, S. 213.

⁴⁾ A. a. O. S. 30, 31 und in seiner Besprechung der Stroh al'schen Schrift, ebendasselbst, S. 94, 95.

wicklung unseres Tabularrechtes widerspricht.¹⁾ Anlangend aber die weitere Aufstellung Strohal's über die Möglichkeit der Abschliessung eines dinglichen Vertrages vor dem Einzelrichter, ohne dass ein obligatorischer Vertrag vorangegangen sei, so ist auch diese entschieden zu verwerfen; denn es bestimmt der § 83 a. G. G. für Einzelgerichte lediglich so viel, dass Grundbuchsgesuche bei Einzelgerichten auch zu Protokoll gegeben werden können, ohne dass hiedurch für deren Instruierung eine Erleichterung verfügt wäre, so zwar, dass wenn einem schriftlich eingebrachten Tabulargesuche eine bestimmt qualificirte Urkunde angeschlossen werden muss, dies auch für ein Protokollaransuchen gilt, und ferner normirt § 26, Abs. 1, a. G. G. ganz allgemein: »Einverleibungen und Vor-

¹⁾ Strohal begründet seine Auslegung des § 26, Abs. 2 a. G. G. auch noch damit, dass der Abs. 2 des § 32, a. G. G. die Möglichkeit anerkenne, dass eine Urkunde, welche das obligatorische Geschäft selbst nicht enthält, dennoch mit allen Erfordernissen zur Einverleibung, somit auch mit dem des § 26, Abs. 2, a. G. G. versehen sein könne. Allein mir scheint diese Begründung etwas sophistisch. Denn es soll mit dem citirten Abs. 2 nichts anders gesagt sein, als dass die sogenannte Intabulationsclausel auch in einer selbständigen Urkunde enthalten sein kann, ohne dass hieraus auch das Genügen dieser Urkunde für die Uebertragung des Eigenthums sich ergibt (vgl. auch Krasnopolski a. a. O. S. 31), und es ist unzulässig, dem Gesetze in solcher Weise eine andere Intention unterzuschieben. Uebrigens kann auch kein Zweifel daran bestehen, dass wenn auf Grund eines der Intabulationsclausel entbehrenden Kaufvertrages um Einverleibung des Eigenthums für den Käufer angesucht wird, diesem Begehren, wofern der Verkäufer seine Einverleibungsbewilligung in dem Gesuche, wenn auch ohne neuerliche Nennung des Rechtsgrundes ertheilt, stattgegeben werden muss. Vgl. auch Exner, Hypothekenrecht, S. 169.

merkungen können nur auf Grund von Urkunden bewilligt werden«, ohne dass von diesem Satze eine andere Ausnahme als etwa die in § 38, lit. c. enthaltene ersichtlich wäre.

Sohin genügt zur Erwirkung der bücherlichen Uebertragung einer Liegenschaft eine einseitige, den Rechtsgrund der Uebertragung bloss benennende Aufsandungserklärung keineswegs und muss vielmehr der Veräusserungsvertrag selbst und dieser nach § 26, Abs. 1, a. G. G. in der zu seiner Giltigkeit vorgeschriebenen Form ¹⁾ beigebracht werden. Bei der Uebereignung eines unbeweglichen Gutes ex titulo donationis insbesondere genügt die Berufung darauf, dass der Schenkungsvertrag durch die Uebereignung perficirt werde, keineswegs, zumal ja die Causa der Uebertragung erst in der angesuchten Thätigkeit des Tabularrichters, also in der Zukunft zur Erscheinung gelangen, der Richter also die »wirkliche Uebergabe« in letzter Linie nicht aus einem in der Vergangenheit liegenden giltigen Rechtsgeschäfte, bewilligen, sondern dieses Rechtsgeschäft erst durch seine Thätigkeit constituiren würde.

Ich gelange also zu dem Resultate, dass aus Gründen unseres Tabularrechts auf Grund einer Schenkung Eigenthum nur dann einverleibt werden kann,

¹⁾ Exner, Hypothekenrecht, S. 124. Von dieser Anschauung ausgehend, hat denn auch der k. k. oberste Gerichtshof mit dem Erlasse vom 22. September 1874, Z. 9640 (kundgemacht durch J. M. E. vom 14. October 1874, Z. 13733) erklärt, dass es Pflicht der Gerichte sei, einer Umgehung des Gesetzes vom 25. Juli 1871, Z. 76 R. G. Bl. überall kräftig entgegenzutreten und dass es unzulässig sei, wenn Eigenthumsübertragungen auf Grund der formell ungiltigen Acten durch die Gerichte vorgenommen werden.

wenn die Intabulation auf Grund eines notariellen Schenkungsvertrages begehrt wird; ¹⁾ dann aber ist die Schenkung mit der Errichtung des Notariatsactes perfect und die Intabulation ist nur für ihre Erfüllung von Bedeutung, ohne dass diese wirkliche Uebergabe von der Beobachtung der Förmlichkeit zu befreien vermöchte.²⁾

II. Die Schenkung durch Bestellung, Uebertragung oder Aufhebung eines jus in re.

Von den verschiedenen dinglichen Rechten an fremder Sache kann das Pfandrecht als Object der Schenkung nicht in Betracht kommen. Der Bestellung eines solchen für den Gläubiger fehlt, selbst wenn eine Verpflichtung dazu nicht bestand und wenn sie auch von einem Dritten ausgieng, das Moment der Bereicherung, und auch durch den Verzicht auf das

¹⁾ Die hier vertretene Anschauung wird getheilt von Randa in der kritischen Vierteljahresschrift, XXI. S. 380. Exner, Hypothekenrecht, S. 390 und ist ausgesprochen in den Entscheidungen des k. k. österreichischen Oberlandesgerichtes vom 28. Jänner 1873 Z. 1472 (Notariatszeitung, 1873, Nr. 10) und vom 23. April 1873, Z. 7574 (Gerichtszeitung, 1873, Nr. 52) »weil die Intabulationsclausel der wirklichen Uebergabe nicht gleichgestellt werden könne.« Ein Bescheid des k. k. Bezirksgerichtes Hietzing vom 19. Juli 1872, Z. 7715 erblickt in der Einverleibung die wirkliche Uebergabe und motivirt dies damit, dass wenn einmal der Beschenkte bücherlich als Eigenthümer eingetragen sei, man doch die Schenkung nicht als nichtig betrachten könne. Dies ist nun gewiss richtig, allein nicht minder richtig ist es, dass diese Rechtslage eben nur auf Grund eines notariellen Vertrages erreichbar ist.

²⁾ Das Gesagte gilt selbstverständlich auch für alle Fälle der Schenkung von ideellen Antheilen an einem unbeweglichen Gute.

Pfandrecht seitens des Pfandgläubigers wird dieser nicht ärmer, der Schuldner nicht reicher: die Forderung ist, mag sie durch Pfand gedeckt sein oder nicht, ein juristisch, wenn auch nicht ökonomisch, stets gleichwerthiges Vermögensobject.¹⁾ Sohin erübrigen hier nur Servituten und die noch praktischen Fälle des sogen. getheilten Eigenthums. Handelt es sich nun um die schenkungsweise Bestellung eines dinglichen Rechtes,²⁾ so wird, da nach österreichischem Rechte für die Erwerbung solcher Rechte dieselben Grundsätze gelten, wie für die Erwerbung des Eigenthums,³⁾ das

¹⁾ L. 1 § 19 D. si quid in fraud. patr. 38, 5. l. 18. D. quae in fraud. cred. 42, 8. »Etsi pignus vir uxori vel uxor viro remiserit. verior sententia est, nullam fieri donationem existimantium.« Meyerfeld, I. S. 157. Savigny, IV. S. 55. Unger, II. S. 194. Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, I. S. 169. Preussisches Privatrecht, II. S. 414. Bremer, Hypothek und Grundschuld, S. 10. Windscheid, II. S. 380, N. 3. Baron, S. 113. Vangerow, I. S. 157. Stubenrauch, III. S. 103. Kirchstetter, S. 463. Ausdrücklich bestimmt dies auch § 1051 sächs. b. G. B. — Was vom Pfandrechte selbst gilt, das gilt in noch höherem Masse von der Rangordnung, weswegen auch in der Prioritätsabtretung eine Schenkung nicht erblickt werden kann. Vgl. die Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes bei Glaser-Unger-Walther, Nr. 6686, aber auch Meyerfeld, I. S. 157.

²⁾ Beispiele enthalten für Servituten: l. 37 D. de serv. praed. rust. 8, 3. l. 17 D. comm. praed. 8, 4. l. 27. D. de don. 39, 5 für das getheilte Eigenthum l. 17, § 3, C. de sacros. eccl. 1. 2. Nov. 7, cap. 3, § 1. Meyerfeld, I. S. 134 u. ff. 155 u. ff. Savigny, IV. S. 117, 118. Keller, I. S. 154. Sintenis, I. S. 203. Windscheid, II. S. 382. Unger, II. S. 197. N. 34. Dernburg, Preussisches Privatrecht, II. S. 413.

³⁾ §§ 445, 481, 1126 a. b. G. B. Unger, Ueber die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts, S. 22. Zeiller, II. S. 302. Stubenrauch, II. S. 89. Kirch-

von der Schenkung durch Eigenthumsübertragung Gesagte auch hier Anwendung erleiden, sohin bei beweglichen Sachen Tradition genügen, bei Realitäten die Einverleibung auch nur im Grunde des über den Schenkungsvertrag aufgenommenen Notariatsactes erfolgen können. Und da jene, insbesondere von einigen älteren Schriftstellern ¹⁾ vertretene Anschauung, wonach Servituten, die durch einen in die Augen fallenden Bau erkennbar sind, oder von deren Existenz der Erwerber des dienenden Grundstückes Kenntniss hatte, von diesem auch dann übernommen werden müssen, wenn sie im Grundbuche nicht eingetragen sind, als richtig nicht zuzugeben ist, so geht es auch nicht an, in der Herstellung des der normalen Ausübung einer Realservitut entsprechenden factischen Zustandes eine wirkliche Uebergabe der Dienstbarkeit zu erblicken.

Besteht die Schenkung in der Uebertragung eines dem Geschenkgeber zustehenden *jus in re aliena*,²⁾

stetter, S. 263, 212, N. 2. Exner, Tradition. S. 117 u. ff. Ueber das gemeine Recht vgl. Elvers, Die römische Servitutenlehre, S. 709. Windscheid, I. S. 677 bes. N. 1. Keller, I. S. 393 u. ff. Dagegen Vangerow, I. S. 705 u. ff. Brinz, 2. Aufl. S. 792. Das österreichische Recht hat sich hierin der zu Ende des vorigen Jahrhunderts herrschenden gemeinrechtlichen Lehre, welche zur Begründung der Servituten eine Quasitradition erforderte (Heineccius, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum*, I. S. 259. Höpfner, *Commentar*, S. 365) angeschlossen. Anders das preussische Recht, nach welchem der schriftliche Vertrag genügt. Dernburg, I. S. 692.

¹⁾ Nippel, III. S. 419 u. ff. Vgl. auch die Entscheidungen bei Glaser-Unger-Walther, Nr. 1322, 3161, 3184, 4134. Dagegen aber mit Recht Stubenrauch, II. 89.

²⁾ Meyerfeld, I. S. 135. Savigny, IV. S. 117, 118. Unger, II. S. 197.

so ist für die Fälle des getheilten Eigenthums ¹⁾ gleichfalls auf die obige Darstellung zu verweisen; betreffend die Uebertragung einer dem Schenker zustehenden Servitut, so ist nur der Fall denkbar, dass jener die Ausübung eines Missbrauches animo donandi überlassen will.²⁾ Die gemeine Lehre erblickt nun darin ein Schenkungsversprechen rücksichtlich der künftig entstehenden Früchte,³⁾ und es wäre hiernach dessen notarielle Begründung erforderlich; erwägt man jedoch, dass nach richtiger Anschauung ⁴⁾ derjenige, an welchen die Ausübung eines Ususfructus veräussert worden ist, nicht bloss ein obligatorisches Recht gegen den Veräusserer hat, sondern den fremden Niessbrauch kraft eigenen Rechtes (und folglich auch gegen den Eigenthümer der Sache) geltend machen kann, so scheint mir die Uebertragung des Ususfructus seiner Ausübung nach als eine Cession der actio confessoria aufgefasst und den Grundsätzen von der Cession dinglicher Klagen unterstellt werden zu müs-

¹⁾ Beispiele bieten l. 1. § 7 D. de superfic. 43. 18. l. 3. C. de iure emph. 4. 66. l. 1. C. de fundis patrim. 11, 61. vgl. auch Meyerfeld, I. S. 155. Savigny, IV. S. 118. Sintenis, I. S. 203. Unger, II. S. 197, N. 34, § 1126 a. b. G. B.

²⁾ Vgl. l. 12, § 2, l. 38, 40. D. de usuf. 7, 1. Meyerfeld, I. S. 137—139. Windscheid, I. S. 652. Dies ist auch nach österreichischem Rechte zulässig: § 1257 a. b. G. B. Unger, a. a. O. Stubenrauch, III. S. 104. Kirchstetter, S. 271. Elvers (Servitutenlehre, S. 249) erklärt den Niessbrauch für auch dem Rechte nach übertragbar und bezeichnet die Schenkung wie den Kauf als Formen dieser Uebertragung.

³⁾ Savigny, IV. S. 117. Keller, I. S. 154. Vgl. auch II. 9, § 298. w. g. G. B.

⁴⁾ L. 11, § 2, D. de pign. 20, 1. Windscheid, I. S. 652 insbes. N. 4. Dernburg, I. S. 657.

sen, und zweifellos wird die Aufnahme eines Notariatsactes entbehrlich, sobald die fruchttragende Sache dem Donatar in dessen Innehabung übergeben, beziehungsweise er in deren Detention eingewiesen wurde.

Bei der Schenkung durch Aufgebung eines dinglichen Rechts an fremder Sache ¹⁾ wird die wirkliche Uebergabe in der Restitution der beweglichen Sache beziehungsweise in der Löschung der Servitut oder des dinglichen Nutzungsrechtes im Grundbuche gelegen sein. Diese letztere Löschung des das Eigenthum des Donatars beschränkenden Rechtes im Lastenblatte des dienenden Grundstückes ist aber über einfaches Gesuch des Renuncianten, auf welchem die Unterschrift desselben allerdings beglaubigt sein muss, zu bewilligen und es erhellt dies einerseits aus § 1444 im Gegensatze zu § 939 a. b. G. B. andererseits aus dem § 26 Abs. 2 a. G. G. welcher, »wenn es sich um die Erwerbung oder Umänderung eines dinglichen Rechts handelt«, einen giltigen Rechtsgrund zur Einverleibung oder Vormerkung erfordert, während die Regierungsvorlage dieses Erforderniss noch für die »Erwerbung, Umänderung oder Aufhebung« aufgestellt hatte.²⁾ Selbstverständlich gehört auch hier

¹⁾ Vgl. l. 17, i. f. D. comm. praed. 8, 4, l. 30. pr. D. ad. leg. Falc. 35. 2. l. 86. § 4. D. de leg. I. Savigny, IV. S. 117. Meyerfeld, I. S. 137, 149, 150. 156. Unger, II. S. 198. Dernburg, II. S. 413.

²⁾ Anderer Ansicht scheint Exner, Hypothekenrecht, S. 29, übereinstimmend dagegen nunmehr Strohal (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, IV. S. 480 bes. N. 10) der früher (ebendasselbst, II. S. 757, N. 52) die entgegengesetzte Anschauung vertreten hatte, und zwar wesentlich aus Gründen, die aus dem Herrschaftsverhältnisse des Servitutsberechtigten über das

zur Schenkung Willensübereinstimmung der Contrahenten; die Möglichkeit einseitigen Verzichtes rechtfertigt die Ablehnung der Vertragsnatur der Schenkung keineswegs und wenngleich das einseitige Rechtsgeschäft

praedium serviens abstrahirt erscheinen. Die Entstehungsgeschichte des § 26 a. G. G. erweist, wie ich glaube, die Möglichkeit der Durchführung eines solchen einseitigen Verzichtes auch nach Grundbuchsrecht. (Ich sehe allerdings nicht ab, wie Strohal damit die seiner neuesten Abhandlung über die Eigenthümerhypothek [im österr. Centralblatt für die juristische Praxis, I. S. 261 u. ff.] zu Grunde liegende und auch schon früher [Die Prioritätsabtretung nach heutigem Grundbuchsrecht, S. 57] vorgetragene Anschauung vereinigen will, wonach die Löschung einer Hypothek auf einseitigen Antrag des Hypothekars nicht bewilligt werden dürfe. Vgl. dagegen übrigens Conrad, Die Prioritätsabtretung in ihrer Wirkung auf Zwischenhypotheken S. 27. N. 42.) Ueber die Frage, ob dem (ein- oder zweiseitigen) Verzicht auf eine Realservitut nicht der Umstand im Wege steht, dass das herrschende Grundstück selbst bürgerlich belastet ist und durch den Verzicht auf die Dienstbarkeit, da ja das Pfandrecht auch die Prädialservituten ergreift (Dernburg, Pfandrecht, I. S. 433), die ob dem praedium dominans versicherten Gläubiger geschädigt werden, vgl. einerseits Exner, Hypothekenrecht, S. 222, 284 der diese Frage verneint, andererseits Strohal a. a. O. IV. S. 481, N. 11, der sie bejaht. Ich kann nicht umhin, gleichfalls die letztere Anschauung zu theilen, und halte dafür, dass die Gründe, die im gemeinen Rechte dazu führten, dass der Eigenthümer einer Sache, deren Niessbrauch einem Dritten gebührt, der Sache zustehende Servituten nicht erlassen (l. 15, § 7 D. de usufr. 7, 1.), der Eigenthümer eines speciell verpfändeten Slaven denselben nicht wirksam manumittiren (l. 5, § 2, i. f. D. qui et a quibus manum, 40, 9), der Eigenthümer eines verpfändeten Grundstückes dasselbe nicht zum locus religiosus machen kann (l. 2, § 9, l. 3. D. de relig. 11, 7 über diese Veräußerungsbeschränkungen vgl. überhaupt Dernburg, Pfandrecht, II. S. 12—20), auch für das österreichische Recht zutreffen, sowie dass wohl die §§ 298, 457, 458 a. b. G. B. zur Vertheidigung dieser Anschauung einen Anhaltspunkt gewähren. Die Verpflichtung aus § 458 a. b. G. B. ist allerdings obligatorischer Wirkung, aber offenbar nur dort, wo dem Pfandgeber die Werth-

schon an sich den beabsichtigten wirthschaftlichen Erfolg herbeiführte, so ist es Schenkung doch nur dann, wenn die Bereicherung des Donatars mit dessen Zustimmung erfolgte,¹⁾ ob dieser Consens im Renunciationsgeschäfte selbst zum Ausdrucke gelangte, ist freilich gleichgiltig.

Unter dem sogen. uneigentlichen Niessbrauch ist eine Reihe von innerlich verschiedenen Fällen zu unterscheiden. Handelt es sich um die schenkungsweise Bestellung eines *Ususfructus* an verbrauchbaren Sachen,²⁾ so sind die für den Eigenthumserwerb entwickelten Grundsätze zur An-

verminderung des Pfandes rechtlich möglich war und von ihm bewirkt wurde (materielle Deterioration); dass aber diese rechtliche Möglichkeit ganz allgemein besteht, ist in § 458 a. b. G. B. nicht gesagt. Vgl. nun auch die Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes vom 7. Februar 1882, Z. 984 (Notariatszeitung, 1882, S. 123.)

¹⁾ § 939, a. b. G. B. Winiwarter, IV. S. 113.

²⁾ §§ 512, 1227, a. b. G. B. Zeiller, II. S. 339. Winiwarter II. S. 328. Stubenrauch, II. S. 112. Kirchstetter, S. 270. Ueber das gemeine Recht vgl. Elvers, S. 578 u. ff. Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht, S. 7 u. ff. Brinz, I. S. 778. Windscheid, I. S. 655. Dernburg, I. S. 647. Streitig ist nach österreichischem Recht die Frage, ob nach geendigtem *Quasiususfructus tantundem eius generis* oder aber immer nur die *aestimatio* zu restituiren sei (Stubenrauch, a. a. O.). Nach II 9, § 297 w. g. G. B. (» . . . wohl aber ist es ihr bestimmter Werth . . . «) könnte man wohl die Aestimation als ein *essentiale* des *Quasiususfructus* ansehen und sohin die letztere Anschauung für die richtige erachten; erwägt man jedoch, dass in § 510 a. b. G. B. das Wörtchen »bestimmt« bereits fehlt, dass ferner der Werth der verbrauchbaren Sachen nur »zur Rettung des Begriffes« (Zeiller, a. a. O.) als Gegenstand der Fruchtniessung bezeichnet wird, und dass die Redactoren eine Abweichung vom gemeinen, preussischen und französischen Rechte in unmissverständlicher Weise

wendung zu bringen. Betreffend den Niessbrauch an Rechten ¹⁾ so kennt das österreichische Recht ebenso wie das preussische ²⁾ zunächst ein dem usufructus verus vollkommen analoges Recht an »anliegenden Capitalien«, was wohl einerseits auf verzinsliche Forderungen einzuschränken, andererseits auf jene Rechtsverhältnisse auszudehnen ist, welche als solche dauernd ein Einkommen zu gewähren vermögen.³⁾ Dieses Recht wird, sofern ein hypothekarisch sichergestelltes Capital den Gegenstand desselben bildet, durch die nur auf Grund eines Notariatsactes zulässige Supercondiction des Nutzgenussrechtes, sonst durch einfachen, den Grundsätzen der Cession der Zinsenobligation unterworfenen Vertrag erworben. Der Ususfructus an solchen Rechten, welche einen Zinsertrag nicht abwerfen, und daher nur durch Verwerthung ihrer Substanz selbst nutzbar gemacht werden können, ist nach unserem Rechte (§ 1227 a. b. G. B.: »... in abgetretenen Schuldforderungen«) wohl als eine mit der Verpflichtung zur Restitution nach geendigtem Niessbrauch verbundene unmittelbare Ueber-

ausgesprochen hätten, so wird wohl auch für unser Recht daran festzuhalten sein, dass abgesehen von einer besonderen Vereinbarung die Restitution in der Leistung einer gleichen Quantität zu bestehen.

¹⁾ Ueber die einzelnen Fälle desselben vgl. Brinz, I. S. 778 u. ff. Dernburg, I. S. 664 u. ff. Hanausek a. a. O. S. 69 u. ff. über seine rechtliche Natur ausser diesen Mansbach, Der Niessbrauch an Forderungen insbes. S. 54 u. ff. Stammer, Der Niessbrauch an Forderungen S. 61 u. ff. Hartmann, in der krit. Vierteljahresschr. für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, XXII. S. 518 u. ff.

²⁾ Dernburg, I. S. 665.

³⁾ Hieher gehört der Niessbrauch an einer Rente, an Handelsgeschäften oder Antheilen an einer Handelsgesellschaft und Actien, an Immaterialgüterrechten.

tragung des bezüglichlichen Rechtes aufzufassen und eben durch diese selbst begründet. Im Allgemeinen lässt sich also behaupten, dass hier in der Regel dasselbe gilt, was zu sagen wäre, wenn der Gegenstand des Quasi-Ususfructus direct und definitiv geschenkt worden wäre.

III. Die Schenkung durch Besitzeinräumung.

Wenn der Eigenthümer (oder Inhaber) einer Sache dieselbe Jemandem donandi causa in der Absicht übergibt, dass dieser den durch den Gebrauch der Sache erzielbaren Nutzen von derselben ziehe, so liegt die unentgeltliche Bestellung eines dinglichen oder obligatorischen Gebrauchsrechtes vor, für welches die allgemeinen Sätze von der Schenkung dando oder obligando Geltung haben, insoweit hier überhaupt von einer Schenkung die Rede sein kann.¹⁾ Ob des vermögensrechtlichen Werthes des Besitzes²⁾ ist aber die Schenkung auch dieses denkbar;³⁾ sie wird vorliegen:

I. wenn der besitzende Nichteigenthümer seinen Besitz donandi animo dem nichtbesitzenden Eigenthümer friedlich überlässt;

¹⁾ Ueber diese Frage, in wie weit nämlich die unentgeltliche Ueberlassung des Gebrauches einer Sache Schenkung ist, vgl. Dernburg, II. S. 414. Savigny, S. 27 u. ff.

²⁾ L. 21, § 2, D. quod metus causa 4, 2. l. 3, § 11, D. uti poss. 43, 17. Ihering, Ueber den Grund des Besitzschutzes, S. 96, N. 101. Bruns, Besitzklagen, S. 101. Pernice, Marcus Antistius Labeo, I. S. 311. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, II. S. 246. Randa, Besitz, S. 55 u. ff., dagegen aber Brinz, Pandekten, 2. Aufl., I. S. 447.

³⁾ L. 46, D. de don. inter vir. u. ux. 24, 1. l. 1, § 4 D. de acqu. v. amm. poss. 41, 2. Meyerfeld, I. S. 114. Keller, I. S. 154, N. 1. Windscheid, II. S. 382, N. 9, Holzschuher, II. S. 481, 488. A. M. Savigny, IV. S. 54.

2. wenn derselbe wissend und nicht verhehlend, dass er nur Besitzer und nicht auch Eigenthümer der Sache sei, diese einem Anderen gewährt;

3. wenn Jemand von einem Nichteigenthümer eine Sache bona fide auf eine unentgeltliche Art erwirbt.¹⁾

In diesen Fällen liegt eine wahre donatio possessionis vor, welche dann perfect ist, sobald der Donatar den Besitz der Sache ergriffen hat; die wirkliche Uebergabe wird also in allen Formen der Tradition, der vacuae possessionis traditio, der brevi manu traditio, dem constitutum possessorium, kurz in allen Acten zu erblicken sein, wodurch der Donatar Besitzer der geschenkten Sache geworden ist.

IV. Die Schenkung durch Begründung, Uebertragung oder Aufhebung eines Forderungsrechtes.

A. Das Schenkungsversprechen.

Jene Schenkung, durch welche der Donatar das ihm zugedachte Vermögensobject nicht sofort, sondern durch Vermittlung eines Forderungsrechtes gegen den Geschenkgeber erhält, wird unzutreffend Schenkungsversprechen genannt, da es sich hiebei nicht um ein Versprechen, künftig zu schenken, sondern um eine Schenkung handelt, die durch Leistung eines (angenommenen) Versprechens geschieht.²⁾ Die nach-

¹⁾ In diesem Falle bildet die Schenkung einen Ersitzungstitel und es haftet der Schenker bei der Eviction nach § 945 a. b. G. B. während im zweiten Falle der Donatar lediglich die factischen Vortheile des Besitzes und auch diese nur bis zur Entwährung genießt. Vgl. auch III. 2. § 51, w. g. G. B.

²⁾ Savigny, IV. S. 118. Unger, II. S. 198. Dernburg,

malige Erfüllung des Schenkungsversprechens ist nicht Schenkung, sondern Zahlung ¹⁾ und die Gebundenheit aus einem solchen nicht minder intensiv, als wie die aus einem onerosen Vertrage; doch tritt der Einfluss der causa immerhin darin hervor, dass die Verbindlichkeit des Geschenkgebers eine minder extensive ist, dass der Schenker m. a. W. aus dem Schenkungsversprechen dem Donatar nicht weniger, wohl aber zu weniger gebunden ist.²⁾

Das Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit der notariellen Errichtung; als bei einer Schenkung, deren Realisirung betagt ist, ist hier eine mit dem Abschlusse des Vertrages zusammenfallende wirkliche Uebergabe undenkbar und auch in der Uebergabe einer über den Schenkungsvertrag aufgenommenen Urkunde nicht gelegen. Das Erforderniss der notariellen Errichtung besteht also für das Schenkungsversprechen in allen seinen Erscheinungs-

II. S. 413. Arndts, S. 478. Keller, I. S. 154. Der Unterschied, welchen Windscheid (II. 385, 386) zwischen einer Schenkung, bei welcher die Absicht lediglich auf die Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet ist, und jener Schenkung macht, die darum eine Verbindlichkeit erzeugt, weil die Vermögenszuwendung durch sie nicht sofort zur Vollendung gebracht wird, scheint nicht begründet zu sein, weil auch im zweiten Falle der Donatar noch vor der Vollendung der Vermögenszuwendung bereichert ist, und im ersten Falle als Endzweck der Contrahenten doch nicht die blosse Erzeugung sondern die Erfüllung der Verbindlichkeit und somit gleichfalls die Vollendung der Vermögenszuwendung durch Gewährung des Gegenstandes der Verbindlichkeit erscheint.

¹⁾ Anderer Ansicht Nippel, VI. S. 228.

²⁾ Ueber die Besonderheiten der Haftung aus einem Schenkungsversprechen vgl. §§ 922, 945, 1397, a. b. G. B. und dazu die oben auf S. 15 N. 3 Angeführten.

formen, soferne es eben nur als solches angesehen werden kann.¹⁾ Dies ist aber beim abstracten Vertrage nicht der Fall, wo ja von der causa mit Absicht und Bewusstsein abstrahirt wird, und soweit dieser Abstraction und dem nach Aussen hin absoluten obligatorischen Willen der Contrahenten die rechtliche Anerkennung zur Seite steht, ist es unzulässig, auf die causa zurückzugreifen und solche Mängel geltend zu machen, die dem Geschäfte anhaften würden, falls es eben kein reiner, sondern ein materiell charakterisirter Vertrag wäre. Das abstracte Versprechen ist aber kein causales und wenn ein positives Recht für gewisse Verträge mit Rücksicht auf die wirthschaftliche oder ethische Bedeutung und Function der bestimmten Causa Normen aufstellt, welche auf die Erleichterung oder Erschwerung der Vornahme solcher Geschäfte abzielen, so haben derartige Bestimmungen Anwendung lediglich auf jene Verträge zu erleiden, welche jene Causa offen bekennen. Denn in der Anerkennung des abstracten als eines vollwirksamen obligatorischen Vertrages ist auch

¹⁾ Die Uebernahme der Bürgschaft für eine fremde Schuld ist aus denselben Gründen wie die Bestellung eines Pfandrechtes, keine Schenkung an den Gläubiger: Savigny, IV. S. 54, 126. Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, S. 717. Unger, II. S. 194. Lotmar, Ueber causa im römischen Recht, S. 136, 137. Darüber, ob nicht wenigstens dann eine Schenkung vorliegt, wenn Jemand sich wissentlich für eine rechtlich ungiltige z. B. eine sog. Ehrenschild (nicht Naturalobligation im römisch-rechtlichen Sinne) »verbürgt«, vgl. Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht, S. 383. Hasenbalg a. a. O. S. 94, 116. In einem solchen Falle wird allerdings nicht von einer Bürgschaft sondern nur von einem bedingten Schenkungsversprechen die Rede sein können.

die Befreiung von allen jenen rechtlichen Schranken enthalten, die nicht für die obligatorische Gebundenheit überhaupt, sondern für die aus diesem oder jenem Rechtsgrunde bestehen. Die Formalerfordernisse des Schenkungsversprechens sind also für den abstracten Vertrag nicht vorhanden, mag diesem auch die *causa donandi* zu Grunde liegen; der abstracte Vertrag ist eben immer der eine, niemals Kauf, Darlehen, Dos, Schenkung.

Anlangend aber den Umfang, innerhalb dessen nach österreichischem Rechte der abstracte Vertrag anerkannt ist, so gilt dies:

I. vom Wechsel. Mag man über dessen juristische Natur, welcher Anschauung nur immer huldigen, wesentlich ist demselben unter allen Umständen die Loslösung der Wechselverpflichtung von dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse.¹⁾ Wer in der Absicht zu zahlen, zu dotiren, zu leihen, zu bürgen u. s. w. eine Wechselverbindlichkeit übernimmt, haftet aus seiner Erklärung nicht als Bürge, Darlehensempfänger u. s. w., sondern stets als Wechselschuldner und wer *donandi causa* eine Wechselerklärung abgibt, macht kein Schenkungsversprechen. Darum kann die schenkungsweise Acceptation, Ausstellung oder Indossirung²⁾ eines Wechsels nicht als an die Aufnahme

¹⁾ Dernburg, II. S. 35, 712. Renaud, Lehrbuch des allgemeinen deutschen Wechselrechts, 3. Aufl. S. 46. Blaschke, Das österreichische Wechselrecht, 5. Aufl. S. 45. Thöl, Wechselrecht, 4. Aufl., S. 225 u. ff. Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, S. 85, 175, N. 7. Wehli, Das Wesen des Wechsels und sein Verhältniss zu anderen Schuldurkunden, S. 15.

²⁾ Durch das Indossament wird nicht nur ein bestehendes

eines Notariatsactes über denselben gebunden erachtet werden; denn die Abgabe einer derartigen Wechselerklärung ist kein Schenkungsvertrag und nur für solche besteht das Erforderniss der Förmlichkeit, und es darf auch nicht die Unmöglichkeit der Abgabe einer Wechselerklärung in einem Notariatsacte ¹⁾ übersehen werden. Wollte man nichts destoweniger — und die Judicatur des k. k. obersten Gerichtshofes scheint einer solchen Argumentation nicht abgeneigt ²⁾ — ge-

Wechselrecht übertragen Art. 10, W. O., sondern auch eine neue Wechselverbindlichkeit begründet. Art. 14, W. O.

¹⁾ Der Wechselverkehr beruht in dem Nehmen und Geben des Papieres und zwar jenes Papieres, auf welchem sich die wechselmässigen Fertigungen befinden, und der Wechselschuldner ist nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet Art. 39. W. O. braucht sich also mit einer Ausfertigung nicht zu begnügen. Diesen Schwierigkeiten wird auch durch den Verkehr mit Wechselcopien nicht abgeholfen. Art. 72, Abs. 1, W. O.

²⁾ In der Entscheidung vom 20. Jänner 1874, Z. 378 (Glaser-Unger-Walther, Nr. 5228) hat der k. k. oberste Gerichtshof die schenkungsweise Acceptation eines Wechsels als der notariellen Form nicht bedürftig erklärt; bei Wechselverträgen unter Ehegatten dagegen fordert der k. k. oberste Gerichtshof die Aufnahme eines Notariatsactes (Entscheidung vom 2. März 1880, Z. 1118. Notariatszeitung, 1880, S. 114. Mittheilungen des deutschen Juristenvereines in Prag, 1880, S. 36), geht also auf das dem Wechsel unterliegende Geschäft zurück und er spricht zugleich in der letzteren Entscheidung im Gegensatze zu der oben citirten vom 20. Jänner 1874, die Anschauung aus, dass durch die Befreiung des Wechsels von der notariellen Form die Umgehung des Gesetzes vom 25. Juli 1871, Z. 76 R. G. Bl. ermöglicht würde. Vgl. aber auch die Entscheidung vom 14. Mai 1879, Z. 3242 (Glaser-Unger-Walther, Nr. 7462), welche einer gegen die Anerkennung der Giltigkeit eines solchen Wechsels gerichteten ausserordentlichen Revisionsbeschwerde das Vorliegen der Voraussetzungen des Hfd. vom 15. Februar 1833, Z. 2593, J. G. S. abspricht.

gen jenen Wechsel, der materiell ein Schenkungsversprechen enthält, die Einwendung des Formgebrechens zulassen, so würde dies nicht etwa die Berücksichtigung der Mängel der causa unter den Contrahenten (Art. 82 W. O.) sondern eine vollkommene Preisgebung der abstracten Natur des Wechsels bedeuten; denn auch nach Art. 82 W. O. sind nur jene Einwendungen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder dem Wechselverpflichteten unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen, immer aber nur solche Einwendungen zulässig, welche materielle Mängel der causa geltend machen. Das Schenkungsversprechen ist gewiss ein erlaubter Vertrag und wer donandi causa eine Wechselverpflichtung in wechselrechtlich gültiger Weise übernahm, ist darum, weil wenn er nicht einen abstracten, sondern einen materiell charakterisirten Vertrag eingegangen wäre, er eine bestimmte Förmlichkeit hätte beobachten müssen, nun, wo er die Erfordernisse des Formalvertrages erfüllte, nunmehr auch bei Unterlassung der Beachtung jener Formvorschrift nichtsdestoweniger gebunden.

2. Eine zweite Gruppe von Fällen, wo dem abstracten Vertrage ganz unzweifelhaft verbindliche Kraft zukommt, bilden die Inhaberpapiere. Allen Arten derselben ¹⁾ ist es gemeinsam, »dass eine Schuld ohne Angabe des Grundes in begebbarer Urkunde gegen Rückgabe derselben versprochen wird«; ²⁾ die Inhaber-

¹⁾ Vgl. darüber Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur, S. 467 u. ff. Fuchs, Die Karten und Marken des täglichen Verkehrs, S. 3, 4. Bekker, Die Geldpapiere, im Jahrbuche des gemeinen deutschen Rechts, I. S. 306 u. ff. Stobbe, Deutsches Privatrecht, III. S. 197 u. ff. Dernburg, II. S. 208, 209.

²⁾ Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, S. 108.

papiere sind wohl nicht begriffs- aber verkehrsmässig abstracte Versprechen ¹⁾ und als solche in ihrer Errichtung und Rechtsgiltigkeit von den für Causalversprechen bestehenden Förmlichkeiten durchaus unabhängig; es bedarf die schenkungsweise Constituirung eines derartigen Versprechens der übrigens ganz und gar unpracticablen Begründung in einem Notariatsacte keineswegs.²⁾ Hiezu tritt noch der weitere Umstand, dass wohl für die Geltendmachung des Rechtes aus dem Papiere der Inhalt des Versprechens also die obligatorische Seite, für den Verkehr dagegen die sachenrechtliche Seite des Instituts in Betracht kommt und dass die Uebernahme der Verpflichtung normaler Weise ihren sichtbaren Ausdruck in der Begebung des Papiers findet.

3. Endlich bieten auch noch die kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheine Beispiele anerkannt wirksamer abstracter Verträge,³⁾ die also, wenn sie zum Zwecke einer Schenkung ausgestellt werden, an die notarielle Form gleichfalls nicht gebunden sind.

¹⁾ Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, S. 94, 95. Fuchs a. a. O. S. 42. Kuntze a. a. O. S. 362 u. ff. Stobbe, III. S. 78. Dernburg, II. S. 36. Hasenöhr, Das österreichische Obligationenrecht, I. S. 354.

²⁾ Ueber die Berechtigung zur Ausstellung von Inhaberpapieren nach österreichischem Rechte, vgl. Savigny, Obligationenrecht, II. S. 129. Unger, Inhaberpapiere, S. 174. Kirchstetter, S. 656. Fuchs a. a. O. S. 20, N. 35, für das gemeine Recht vgl. die Literaturangaben bei Stobbe, III. S. 201, N. 15.

³⁾ Art. 301, a. H. G. B. Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 2. Aufl., S. 420 u. ff. 483. Hahn, Commentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. II. S. 132, 133.

Innerhalb dieser Grenzen besteht Meinungsverschiedenheit nicht; gestritten wird jedoch darüber, ob der abstracte Vertrag von diesen positiv-rechtlich anerkannten Fällen abgesehen eine rechtswirksame Verbindlichkeit zu erzeugen vermöge.¹⁾ In dieser Richtung hat nun insbesondere Hruza in neuester Zeit sowohl für das gemeine, als auch insbesondere für das österreichische Recht in energischer Weise die Giltigkeit und Klagbarkeit reiner Verträge vertheidigt, und ob der Wichtigkeit und Einschlägigkeit der Frage kann ich nicht umhin, auf dieselbe wenngleich in aller Kürze einzugehen. Ich bemerke, dass mich die von Hruza gegen die (noch) herrschende Lehre vorgebrachten Argumente von der Wirksamkeit derartiger Versprechen nicht überzeugt haben und ich glaube auch nicht, dass die von ihm unternommene Beweisführung den auch für wissenschaftliche Controversen bestehenden Grundsätzen über die Vertheilung der Beweisrollen gerecht geworden ist.

Für das gemeine Recht beruft sich Hruza, ohne eine selbständige Beweisführung zu versuchen, auf zwei

¹⁾ Vgl. über diese Frage die literaturgeschichtliche Skizze bei Witte, die bindende Kraft des Willens im Obligationenrecht nach der Lehre der heutigen Wissenschaft (Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, VI. S. 330—398) ferner Windscheid, II. S. 221, 224. 377. Baron, S. 324 u. ff. Vangerow, III. S. 246. Hofmann, Die Lehre vom titulus und modus adquirendi und von der iusta causa traditionis, S. 89. Hasenöhr, I. S. 337 u. ff. Dernburg, II. S. 33 u. ff. Stobbe, III. S. 72 u. ff. Hruza, Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht, S. 64 u. ff. Die im Texte folgende Darstellung ist im Wesentlichen bereits in der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit 1882, Nr. 23 veröffentlicht.

Momente, ein äusseres und ein inneres. Das äussere besteht in dem Verhältnisse der Stipulation zu unserem einseitigen Vertrage und in den durch die That-
sache der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge gebotenen Rechtsfolgerungen. In Deutschland sei, behauptet er im Anschlusse an Savigny's bekannte Lehre von der Entwicklung der Klagbarkeit formloser Verträge,¹⁾ das Recht der Stipulation ohne die Stipulation selbst eingedrungen. Abgesehen von dem ohne Ersatz erfolgten Wegfall der Form unterstehe das nudum pactum dem Rechte der Stipulation vollkommen; es habe dieselben Wirkungen wie die Stipulation, und es sei nicht einzusehen, warum der einseitige Vertrag, auf den das Recht der Stipulation unbeschränkt anwendbar sei, als reiner Vertrag ungiltig sein solle, während doch die Stipulation anerkanntermassen von ihrer Causa isolirt Geltung hatte. Dem gegenüber aber muss ich, wie schon Seuffert²⁾ gegen Savigny geltend machte, darauf verweisen, dass eine Reception des Rechtes der Stipulation ohne die Stipulation selbst unmöglich scheint; denn eine solche Loslösung des Rechtssatzes von seinem Gegenstande ist nur in doppelter Weise denkbar: entweder in speculativer Uebertragung des für ein bestimmtes Institut bestehenden Complexes von Rechtsregeln auf ein anderes, was aber den Bestand eines verbindlichen formlosen Vertrages, auf welchen man das Recht der Stipulation zur Anwendung bringen könnte, zur Voraussetzung

¹⁾ Obligationenrecht, II. S. 239.

²⁾ Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, S. 8. Siehe auch Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 2. Aufl., S. 165 u. ff. Hofmann a. a. O. S. 89. Hasenöhl, I. S. 351.

hätte, oder aber in der Abstreifung der Form von dem sonst ungeänderten Thatbestande der Stipulation, beziehungsweise in der Reception nur eines Theilthatbestandes derselben. Jede dieser Annahmen widerspricht jedoch der historischen Entwicklung, jede derselben muthet uns zu, in der Reception die zielbewusste Thätigkeit eines mit dem bisherigen und mit dem aufzunehmenden Rechte wohlvertrauten Geistes zu erblicken. Wohl sind nicht Rechtsinstitute, sondern Rechtssätze recipirt worden, allein diese Rechtssätze wurden nicht stückweise ohne dasjenige Verhältniss, dessen Regelung sie bezwecken, aufgenommen, und es ist die Stipulation nicht formlos, sondern der formlose Vertrag, aber nicht aus Kräften der Stipulation klagbar geworden; und wie die regelmässige Unabhängigkeit von der Causa nach römischem Rechte auf die Stipulation beschränkt ist, so kann sie auch nunmehr nicht darauf gegründet werden, dass deren Recht ohne sie, gewissermassen im Grunde einer Fiction, fortbesteht; denn aus der blossen Klagbarkeit der *nuda pacta* folgt dies nicht, da diese, wie bereits erwähnt, anders zu erklären ist,¹⁾ und sobald man für die formlosen Verträge andere nur aus dem Rechte der Stipulation zu erklärende Wirkungen, also die Lösbarkeit derselben von ihrer Causa behauptet, bewegt man sich bereits in einem *circulus vitiosus*, indem man die Giltigkeit eines formlosen reinen Vertrages auf die unbeschränkte Geltung des Stipulationsrechtes und

¹⁾ Vgl. darüber die interessanten dogmengeschichtlichen Untersuchungen von Seuffert in der in der vorigen Note citirten Schrift und von Stintzing in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XXIII. S. 489 u. ff.

diese wiederum auf die erstere als angeblichen Ausfluss des Rechtes der Stipulation stützt.

Das innere Moment, auf das Hruza sich beruft, beruht in der verbindlichen Kraft des Willens: der abstracte Verpflichtungswille sei keineswegs schwächer als der causale. Dies ist gewiss richtig; zu bestreiten aber ist die absolute Verpflichtungskraft des Willens. Ich gehöre keineswegs zu jenen, welche die Bedeutung des Willens für das Rechtsgeschäft leugnen oder auch nur unterschätzen, allein ich kann mir nicht verhehlen, dass die Obligation nicht durch den Willen der Parteien an sich, sondern von Rechtes Gnaden entsteht, und der Wille nur so weit verpflichtend ist, als er mit dieser Kraft von eben diesem positiven Rechte bewidmet wird. Und nicht nur vom abstracten Verträge gilt dies: auch jeder causale Vertrag ist verbindlich kraft und seit seiner Anerkennung vom objectiven Rechte, und dass er diese erlangt, bildet hier den rechtlichen Klagegrund. Es geht nicht an zu sagen, dass ob der principiellen Sanction, welche dem Verpflichtungswillen zu Theil geworden, derselbe überall, wo er vom Rechte nicht ausdrücklich reprobirt werde, auf Respectirung Anspruch habe und verpflichtend wirke; eine solche Generalisirung wäre von vorneherein schief; denn daraus, dass das Recht den Kauf, den Tausch, die Leihe, das Darlehen zu schützen erklärt, folgt noch nicht, dass es Verträge schützen wird, welche Kauf, Tausch, Leihe, Darlehen eben nicht sind oder sich als solche nicht bekennen. Die Verbindlichkeit des abstracten Vertrages ist nicht selbstverständlich, weil es auch die des causalen nicht ist; die letztere aber ist verbürgt, die erstere bedarf noch des

Beweises. Darum scheint es nur ein methodischer Fehler der Vertheidiger des abstracten Vertrages, wenn sie in dieser Frage auf die Fähigkeit des Willens, von seinem Zwecke zu abstrahiren abstellen; nicht darauf kommt es an, sondern auf die Frage, ob in dem bestimmten positiven Rechte der reine Vertrag unbeschränkt als klagbar und verbindlich anerkannt wird.

Für das österreichische Recht muss diese Frage m. E. verneint werden.¹⁾ Ich lege hiebei mit Randa auf die §§ 3, 21, 49, 247 und 248 a. G. O. kein Gewicht; ich glaube auch nicht, dass die Art. 4, 21 und 96 W. O. und Art. 301 H. G. B., welche den Wechsel und den kaufmännischen Verpflichtungsschein von der Angabe der Causa dispensiren, hier ausschlaggebend sind, da diese Bestimmungen, aus einem anderen Quellenkreise hervorgewachsen, auf das zur Zeit ihrer Normirung bestandene allgemeine Privatrecht in Oesterreich einen Schluss schwerlich zulassen; ich räume endlich auch ein, dass selbst § 3 N. O., in welchem übrigens der »Rechtstitel« nur als causa promittendi aufgefasst werden kann,²⁾ den abstracten Vertrag, falls

¹⁾ Hierüber sind zu vergleichen Pavliček im Právník, 1868, S. 93 u. ff. S. 135 u. ff. Wehli, Das Wesen des Wechsels und sein Verhältniss zu anderen Schuldurkunden, S. 17—20, Hasenöhr1, I. S. 354, N. 86. Hruza a. a. O. S. 73—80. Randa in den juristischen Blättern, 1882, Nr. 3 und neuestens Krasnopolski in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XXV. S. 32 u. ff. und Strohal in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, X. S. 412 u. ff. welche beide sich gegenüber den Ausführungen Hruza's ablehnend verhalten.

²⁾ Randa a. a. O. S. 26.

er nur vor der Wirksamkeit der Notariatsordnung vom 25. Juli 1871, Z. 75, R. G. Bl., gültig war, dieser Qualität nicht beraubt hat; allein ich halte dafür, dass die Beweislast nicht den Leugnern, sondern den Anhängern des abstracten Vertrages obliegt, und dass dieser Beweispflicht mit der Bemerkung, es genüge, wenn der reine Vertrag mit dem Gesetzbuche auch nur vereinbarlich sei, nicht entsprochen wird. Da, wie ausgeführt, nur der rechtlich gebilligte Vertrag verbindlich ist, muss für die Gültigkeit des abstracten Vertrages nach österreichischem Rechte ein stricter positiver Beweis erbracht werden und ein solcher steht immer noch aus. Dass in § 957 a. b. G. B. das Versprechen, eine Sache in Verwahrung zu übernehmen, in § 971 a. b. G. B. das pactum de commodando, in § 983 a. b. G. B. das pactum de mutuo dando für verbindlich erklärt wird, sind ebensoviele Beweise gegen die Klagbarkeit des reinen Vertrages. Das entscheidendste Argument scheint mir aber doch in dem Entwicklungsgange unseres Rechtes erblickt werden zu müssen. Denn wenn nach dem in Oesterreich vor der Codification geltenden Rechte der abstracte Vertrag eine Verbindlichkeit nicht erzeugte, so scheint mir eine solche auch nicht für das gegenwärtige Recht behauptet werden zu können. Dass aber die von Pavliček diesbezüglich vorgebrachten Gründe von Hruza nicht widerlegt wurden, hat bereits Randa bemerkt. In der Nov. decl. Ff. XV muss nämlich unter der causa debiti allerdings die causa promittendi verstanden werden, denn welche Bedeutung hätte es, die Aufnahme der causa debendi (im Sinne Hruza's) »in Schuldverschreibungen und Contracten« vorzuschreiben, und

wie sollte sie im Stande sein, »Scheinhandlungen und simulati Contractus« zu verhüten und »allem unbilllichem Gesuch die Gelegenheit« abzuschneiden.¹⁾ Zur Evidenz wird dies aber durch das bisher kaum genügend gewürdigte Patent vom 26. October 1654²⁾ bewiesen. »Gleichwie von denen Schuld-Versicherungen in besagten Novell. Ff. 15 statuiert, also haben mehr allerhöchst-erwehnte Ihro Kaiser- und Königl. Majestät constituiret, gesetzet und geordnet, dass fñrohin in allen Cessionen, sie beschehen von weme, und wie sie immer wollen, sie seyn real oder personal, jedesmal die Causa cessionis eingerucket, und deutlich mit eingesetzt, im widrigen dieselben unkräftig seyn, und bey Gericht nicht angenommen werden sollen.« Dass hier die Causa nur im materiellen Sinne aufgefasst werden darf, ist wohl klar, und es wird die Beweiskraft dieser Constitution für unsere Frage und für die Erklärung von Nov. decl. Ff. XV. dadurch noch erhöht, dass sie gerade auf die Vorschrift dieser Novelle sich berufend, deren Anwendung für Cessionen verfügt; was aber bei Cessionen die causa cessionis ist, das ist bei obligatorischen Verträgen die causa promittendi. Eine Aenderung dieses Rechtszustandes hat aber das a. b. G. B. weder beabsichtigt noch auch herbeigeführt, und wenn man noch bedenkt, dass in einem Rechtssysteme, das für bestimmte materiell charakterisirte Verträge aus Rücksichten der Rechtspolizei Formvorschriften aufstellt, die Anerkennung

¹⁾ Man vergleiche nur Nov. decl. Ff. XV auch mit Ff. XIV und insbesondere mit L. O. M. I. IX.

²⁾ Weingarten, Codex Ferdinando-Leopoldino-Josephino-Carolinus, Nr. 179.

eines formlosen abstracten Vertrages eine grobe Inconsequenz bedeutet, so scheint mir keineswegs die Möglichkeit und Vereinbarkeit, sondern gerade die Unverträglichkeit des reinen Vertrages mit unserem Gesetzbuche erweislich.

Ich kann mich also zur Lehre von der Verbindlichkeit des abstracten Vertrages nach österreichischem Rechte nicht bekehren und ich glaube, dass wie gegenüber der von der Naturrechtsschule so sehr erhobenen und postulirten Formfreiheit bei der Vertragschliessung nunmehr die wahre Freiheit mit volstem Rechte eben in der Form erblickt wird,¹⁾ dass in gleicher Weise auch hier, in beiden Fällen vom Handelsverkehre zunächst abgesehen,²⁾ in der Nothwendigkeit der vollständigen Substanzirung des Vertrages weder eine Erschwerung des Verkehres noch auch eine polizeiliche Beaufsichtigung der Rechtsgeschäfte,³⁾ sondern im Gegentheil ein Mittel zur energischeren Handhabung der Disciplin im Rechtsverkehre, an welcher es uns wahrlich Noth thut, gefunden werden muss.

Somit hat der reine Vertrag im österreichischen Rechte keinen Raum und ist auch zu Schenkungszwecken nicht verwendbar; das Schenkungsversprechen

¹⁾ Ihering, Geist des römischen Rechts, II. 2, S. 471.

²⁾ Es ist ein geflügeltes in Art. 317 a. H. G. B. codicirtes Wort, dass bei Handelsgeschäften eine möglichst unbeschränkte Formfreiheit ein Verkehrsbedürfniss sei. In der Schrankenlosigkeit, mit welcher dieser Satz gelehrt wird, scheint er mir allerdings nicht richtig zu sein, da ja gerade der Handelsverkehr eine Reihe der fruchtbarsten Formen geschaffen hat.

³⁾ Bähr a. a. O. S. 296 und dagegen Randa a. a. O. S. 26.

bedarf sohin, wenn es nicht im Wechsel, Inhaber- oder Ordrepapier erscheint, stets der Errichtung in einem Notariatsacte.

B. Die schenkungsweise Cession.

1. Die schenkungsweise Cession einer dem Geschenkgeber gegen einen Dritten zustehenden Forderung an den Donatar ¹⁾ bedarf der notariellen Begründung nur dann, wenn der Schenkungsvertrag ohne wirkliche Uebergabe abgeschlossen wird. Ist unter der wirklichen Uebergabe aber die sofortige Realisirung der donatio, die unmittelbare und definitive Bewirkung der beabsichtigten Vermögensübertragung zu verstehen, so liegt bei der cessio donandi causa die wirkliche Uebergabe in jenem Acte, durch welchen der Donatar zum Cessionar gemacht wird. Das Erforderniss der Beobachtung einer besonderen Förmlichkeit für jene Cession, deren Causa Schenkung ist, besteht aber nicht; im Gegentheile ist durch § 943 a. b. G. B. und § 1, Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., für alle Acte, welche die Realisirung der Schenkung in sich fassen, die Formfreiheit gewahrt. Wenn Jemand einem Anderen verspricht, ihm eine Forderung unentgeltlich abzutreten, so erhält der Zweite lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Cession, der zu seiner gültigen Entstehung der notariellen Errichtung bedarf; für die wenn auch donandi causa unmittelbar vorgenommene Cession selbst bedarf es dieser Form nicht, da sie ja die Uebertragung des Forderungsrechtes, somit eine wirkliche Uebergabe bewirkt.

¹⁾ L. 2, 3, 33. C. de don. 8, 54. Meyerfeld, I. S. 241—274. Savigny, IV. S. 125. Holzschuher, III. S. 452.

2. Für die schenkungsweise Cession gibt es sohin keine anderen Voraussetzungen, als für die Abtretung einer Forderung aus einem entgeltlichen Titel, wie ja auch die Eigenthumsübertragung ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund in denselben Formen vor sich geht, und es erhellt dies neben den allgemeinen aus der Betrachtung des § 943 a. b. G. B. geschöpften Gründen auch noch aus dem § 1392 a. b. G. B., welcher der entgeltlichen und der unentgeltlichen Cession in gleicher Weise erwähnt. Die Cessionsform ist von dem Cessionsgrunde unabhängig; und die Cessionswirkung tritt durch formfreien auf die Forderungsübertragung aus einem rechtlich gebilligten Grunde gerichteten Vertrag ein.¹⁾ Insbesondere kann die anscheinend in § 426 a. b. G. B. für Schuldforderungen als Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, gestattete Uebergabe durch Zeichen, also durch Urkunden, wodurch das Eigenthum, beziehungsweise das Forderungsrecht dargethan wird, die Anschauung, dass bei verbrieften Forderungen die Cession nur durch Uebergabe der Schuldurkunden erfolgen könne,²⁾ keineswegs rechtfertigen. Denn es wäre, da zwischen Forderungen,

¹⁾ Dass die Cession auch nach österreichischem Rechte durch formlosen Vertrag zu Stande kommt, ist nunmehr die herrschende Lehre: Randa, Besitz, S. 354. Exner, Hypothekenrecht, S. 378, N. 6 Kirchstetter, S. 464, N. 4. S. 647, N. 6. Stubenrauch, III. S. 477 vgl. aber auch I. S. 506. Für das gemeine Recht ist dies unzweifelhaft: Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl. S. 453, 454.

²⁾ Zeiller, IV. S. 84. Nippel, III. S. 365 u. ff. VIII. 2, S. 66 u. ff. Geller, Der schenkungsweise Schuldverlass, (Juristische Blätter, 1874, Nr. 38) bes. S. 472.

über welche eine Beweisurkunde gegeben wurde, und solchen, wo dies nicht der Fall war, ein innerer rechtlicher Unterschied nicht besteht, nicht wohl begreiflich, warum die Cession beider nicht als in demselben Augenblicke erfolgt und überhaupt verschiedenen Grundsätzen unterworfen angesehen werden soll,¹⁾ und dann enthält das Gesetz gerade an jener Stelle, wo es die Cession ex professo behandelt, von einem solchen Erfordernisse der Uebergabe der Urkunde eine Spur nicht; die Erwähnung der Schuldforderungen in § 427 a. b. G. B. hat, wie ich glaube, ihren Grund lediglich in dem Bestreben, für die symbolische Tra-

¹⁾ Wie dies Nippel, III. S. 368 behauptet. Der Versuch von Nippel (a. a. O.), Stubenrauch (I. S. 507) und Geller (a. a. O.) die Wirksamkeit der Cession unverbriefter Forderungen von der Denunciation des Schuldners abhängig zu machen, ist wohl zu verwerfen: denn abgesehen davon, dass das angebliche Erforderniss der Uebergabe zur Uebertragung von Forderungen nur auf eine gewissermassen sachenrechtliche Auffassung der Forderung zurückgeführt werden könnte, während die Denunciation doch offenbar kein sachenrechtliches Element enthält, ist die Behauptung Geller's, dass der Cessionar vor der Denunciation ein unmittelbares reales Recht an der Forderung (in wie weit von einem solchen überhaupt gesprochen werden kann, will ich dahin gestellt sein lassen, vgl. darüber Mühlenbruch, S. 505) nicht hat, gewiss irrthümlich (darin sind alle einig, Streit besteht darüber, ob der Cedent vor der Denunciation nicht vielleicht auch noch berechtigt ist, vgl. darüber Windscheid, II. S. 262, N. 8) und wird schon dadurch widerlegt, dass ja die Denunciation auch vom Cessionar ausgehen kann, ja gerade von ihm ausgehen soll (Windscheid, II S. 262) und dass die liberatorische Wirkung der nach der Cession aber vor der Denunciation erfolgten Zahlung nicht auf einem ausschliesslichen Rechte des Cedenten, sondern nach heutigem Rechte wenigstens auf der Fürsorge für das Interesse des Schuldners beruht. Vgl. auch Kohler, Das deutsche Patentrecht, S. 472.

dition »durch Urkunden« ein passendes Beispiel in einem mit denselben enge verknüpften Objecte zu finden, was um so leichter war, als ja die ältere Doctrin auch Forderungen als Sachen betrachtete. Die Vorschrift, dass die Cession nur durch Uebergabe der Schuldurkunden erfolgen könne, ist aber in § 427 a. b. G. B. nicht enthalten, zumal derselbe offenbar eine *venia legis* enthält; und es haben denn auch die Redactoren bei der Verfassung der die Cession behandelnden Paragraphe auf § 427 a. b. G. B. weiter keine Rücksicht genommen. Die Bedeutung desselben für die Cessionslehre ist gleich Null und sie beschränkt sich überhaupt darauf, dass er ein verfehltes und seit-her vielfach überschätztes ¹⁾ Beispiel aufstellt; nicht einmal auf die Uebertragung der Inhaberpapiere, die ja ganz sachgemäss durch § 1393 a. b. G. B. geregelt ist, vermag ich denselben mit R a n d a zu beziehen.

Mag die ältere Theorie dem Schuldscheine eine noch so hohe Bedeutung beigelegt haben, für die vorliegende Frage ist dies ohne Relevanz. Denn wenn ich auch darauf kein Gewicht lege, dass für die Fähigkeit des Schuldscheines die Obligation zu repräsentiren, doch wohl nur jene Bedeutung massgebend ist, die man demselben heute beilegt, und nicht auch jene, die man ihm vielleicht früher und anderswo beige-messen hat,²⁾ so findet sich von dieser letzteren Auffassung in unserer Gesetzgebung eine Spur nicht. Sie kann nicht in § 23 des böhmischen Landtafelpatentes

¹⁾ So schon von Zeiller, II. S. 223.

²⁾ Vgl. z. B. über indisches Recht die Ausführungen von Kohler in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, III. S. 179.

vom 22. April 1794, Nr. 171 J. G. S. gefunden werden, wonach bei der Intabulation von Cessionen auch die Schuldverschreibung über die cedirte Forderung beigebracht werden musste,¹⁾ sie ist auch nicht in der in § 314 a. G. O. normirten Abnahme des Schuldscheines gelegen, da letztere nur den Zweck hat, den Exequenten zur Einhebung der Schuldsomme zu legitimiren, sie scheint mir unvereinbar mit den §§ 1394, 1428 a. b. G. B. wonach der debitor cessus auch dem Cessionar, freilich nur gegen Sicherstellung eventueller Amortisation, gleichwie dem Cedenten ohne Rück-erlangung der Schuldurkunde zahlen muss, und sie widerlegt sich auch schon daraus, dass während ältere Schriftsteller bei der Darstellung der Cession der über die abgetretene Forderung bestehenden Urkunden Erwähnung thun (auch dies geschieht nur in der Weise, dass die Aushändigung dieser Urkunden dem Cedenten zur Pflicht gemacht wird),²⁾ eine derartige Erwähnung dem Gesetzbuche fremd ist.

3. Kommt also nach österreichischem Rechte die Cession durch den auf Forderungsübertragung gerichteten formlosen Vertrag zu Stande und ist es richtig, dass unter der wirklichen Uebergabe des § 943 a. b. G. B. die sofortige Realisirung des die Schenkung enthaltenden Rechtsgeschäftes zu verstehen ist, so ist damit erwiesen, dass auch die schenkungsweise Cession der notariellen Errichtung

¹⁾ Hasner, Handbuch des landtäflichen Verfahrens im Königreiche Böhmen, S. 309. Uebrigens wurde dieses Erforderniss schon mit Hfd. vom 16. April 1830, Nr. 2458, J. G. S. wieder beseitigt.

²⁾ Jordan, Systematische Darstellung des bürgerlichen Rechts im Königreiche Böhmen, II. S. 58.

nicht bedarf, sondern in einem einfachen formlosen Vertrage zur Vollziehung und darum auch zur Wirksamkeit gelangt. Dieser Satz ist freilich davon weit entfernt, allgemein anerkannt zu sein. Im Gegentheile geht die Anschauung der überwiegenden Mehrheit unserer Schriftsteller und darunter auch solcher, welche dem einfachen Vertrage die Wirkung des Forderungsüberganges beilegen, dahin, dass dann, wenn die rechtliche Causa der Cession Schenkung ist, entweder die symbolische Uebergabe der geschenkten Forderung durch Tradition der Schuldurkunden, oder aber die Errichtung (nunmehr einer notariellen) Urkunde über den Cessionsvertrag erforderlich ¹⁾ oder dass wenigstens bei verbrieften Forderungen die Uebergabe der Urkunden für den Uebergang des Forderungsrechtes unerlässlich sei.²⁾ Indessen vermag ich dieser Anschauung nicht beizupflichten. Denn ist die von mir vertretene Auffassung der wirklichen Uebergabe richtig und bewirkt nach unserem Rechte schon der einfache Cessionsvertrag aus einer onerosen Causa den Uebergang des Forderungsrechtes, so erscheint unter allen Umständen auch bei der schenkungsweisen Cession die Uebergabe der Schuldurkunde überflüssig, und sie ist gewiss ungenügend, wenn man zur wirklichen Uebergabe eben mehr als

¹⁾ Stubenrauch, III. S. 108. Exner, Hypothekenrecht, S. 390, N. 3. Winiwarter (II. S. 109, IV. S. 116) und Prockner (in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, 1836. B. 2. S. 203) verlangen in allen Fällen die Ausfertigung einer Cessionsurkunde.

²⁾ Hieher gehören wohl Nippel, III. S. 368. Kirchstetter, S. 465, N. 4.

die auf die unmittelbare Uebertragung des Forderungsrechtes gerichtete Handlung versteht: denn die Uebergabe der Schuldurkunden ist an sich nie wirkliche Uebergabe der Obligation ¹⁾ und ist es am allerwenigsten in diesem letzteren Sinne. Insbesondere kann ich der ratio legis einen solchen Einfluss auf die lex scripta nicht einräumen, wie dies Exner thut, und ich vermag auch der von ihm versuchten Unterscheidung zwischen Cessionsversprechen und Cession nicht beizutreten, da die Frage ja gerade dahin geht, ob jene Cession, bei welcher ein selbständiges pactum de cedendo eben nicht unterschieden werden kann, wo also eine Schenkung mit sofortiger Uebertragung der Obligation vorliegt, der notariellen Errichtung bedarf, und da Exner hinsichtlich jenes Falles, wo die Cession im Grunde eines unförmlichen pactum de cedendo animo solvendi geschieht, wohl den Einfluss des § 1432 a. b. G. B. übersehen hat. Die von ihm für den Fall einer symbolischen Quasitradiation durch Einhändigung der Schuldurkunde zugelassene Ausnahme von dem Erfordernisse der notariellen Begründung der Cession scheint mir zudem seinen eigenen Ausführungen über die Formlosigkeit des Cessionsvertrages zu widersprechen.

Handelt es sich um die schenkungsweise Abtretung einer in einem Inhaberpapiere verkörperten Forderung, so wird dieselbe durch eine donandi causa

¹⁾ Dass der animus cedendi häufig in der Uebergabe der Schuldurkunde seinen Ausdruck findet, ist natürlich (vgl. auch z. B. l. 5, C. de don. i. vir et ux. 5, 16), doch ist dies eben nicht nothwendig. Vgl. auch Dernburg, II. S. 419, N. 12.

erfolgende Uebergabe des Papieres bewirkt,¹⁾ da ja hiefür das sachenrechtliche Element der Inhaberpapiere massgebend ist: § 1393 a. b. G. B.; bei Ordrepapieren geschieht die Uebertragung durch intentionsgemässes Indossament; bei der gemeinrechtlichen Cession solcher²⁾ ist zur Wirksamkeit der Schenkung die Uebergabe des Papieres allerdings erforderlich: Art. 39, W. O., in keinem dieser Fälle bedarf es aber eines Notariatsactes und würde ein solcher auch nur einen obligatorischen Anspruch auf Ausfolgung des Papieres gewähren.³⁾

¹⁾ Kuntze, Die Lehre von den Inhaberpapieren, S. 300, 305. Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, S. 119. Fuchs a. a. O. S. 20, 32. Dernburg, II. S. 419, N. 12. Savigny, Obligationenrecht, II. S. 137. Randa, Besitz, S. 355, Nr. 48.

²⁾ Renaud, Wechselrecht, 3. Aufl., S. 175. Blaschke, Wechselrecht, S. 146 u. ff. Thöl, Wechselrecht, S. 413 u. ff.

³⁾ Anlangend die Judicatur unserer Gerichte in der Frage der schenkungsweisen Cession so muss dieselbe als eine sehr schwankende bezeichnet werden. So hat der k. k. oberste Gerichtshof mit der Entscheidung vom 11. Februar 1875 (Glaser-Unger-Walther, Nr. 5631) erkannt, dass durch Einhändigung der Schuldurkunde allein, worin noch der ursprüngliche Gläubiger als Forderungsberechtigter vorkommt, die Uebergabe einer Forderung als vollzogen nicht angesehen werden kann und dass in einem solchen Falle zur Rechtsgiltigkeit der zwischen Eheleuten stattgefundenen Schenkung der diesfälligen Forderung die Aufnahme eines Notariatsactes notwendig ist. Dagegen erklärt die Entscheidung vom 18. December 1879, Z. 13290 (Glaser-Unger-Walther, Nr. 7699) die Cession für einen besonderen Vertrag mit concretem materiellen Inhalte, der als Kauf-, Tausch-, Darlehenvertrag u. s. w. nicht angesehen werden könne und mangels einer entgegenstehenden Bestimmung, die in dem als Ausnahmsgesetze strenge zu interpretirenden Gesetze vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl. nicht gefunden werden dürfe, gemäss § 883 a. b. G. B. formfrei sei. Erst die Entscheidung vom 2. Juni 1882, Z. 4456

C. Der schenkungsweise Schulderrlass.

Zu den wichtigsten Erscheinungsformen der Schenkung gehört der vertragsmässige Erlass einer dem Geschenkgeber gegen den Donatar zustehenden Forderung: ¹⁾ § 1381 a. b. G. B. Der Schulderrlass als solcher kommt aber durch einfachen formfreien Vertrag der Interessenten zu Stande: sobald die entsprechende Willensübereinstimmung vorliegt, ist des Gläubigers Recht erloschen, der Schuldner liberirt.²⁾ Da also der remissorische Vertrag für sich die Befreiung des Schuld-

(Juristische Blätter, 1882, Nr. 31, S. 377) erklärt richtig, dass zur Perfection einer unentgeltlichen Cession die durch das Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl. erforderte notarielle Form nicht nothwendig sei, indem das Eigenthum der geschenkten Forderung schon durch den Cessionsvertrag auf den Beschenkten übergehe.

¹⁾ L. 17, D. de don. 39, 5. l. 1, § 1, D. quibus modis pig. 20. 6. Meyerfeld, I. S. 188—214. Savigny, IV. S. 126—131. Windscheid, II. S. 383. Holzschuher, III. S. 453. Dernburg, II. S. 413. Ueber österreichisches Recht vgl. Unger, II. S. 198, 206. Kirchstetter, S. 464, N. 4. Nippel, VI. S. 221. Winiwarter, IV. S. 116. Stubenrauch, III. S. 109, 523. Prockner, in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, 1836, B. 2, S. 226 u. ff. Kubasta, ebenda, 1841, B. 2, S. 121 u. ff. Kitka in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung, 1857, S. 389. Bürgel a. a. O. S. 806. Geller a. a. O. dann den Právník, XII. (1873) S. 392. — Die Entlassung eines Bürgen kann eben so wenig als Schenkung angesehen werden, wie die Pfandablassung. Savigny, IV. S. 129. Unger, II. S. 194, N. 22.

²⁾ § 1444 a. b. G. B. In allen Fällen, in welchen der Gläubiger berechtigt ist, sich seines Rechtes zu begeben, kann er demselben auch zum Vortheile seines Schuldners entsagen und hiedurch (also durch das blosse Entsagen) die Verbindlichkeit des Schuldners aufheben. Vgl. auch Arndts, S. 461. Vangerow, III. S. 383. Windscheid, II. S. 364, N. 9. Unger, II. S. 207, N. 18.

ners von seiner Verbindlichkeit, also seine Bereicherung bewirkt, hiemit aber die Schenkung realisirt ist, kann ich zur Giltigkeit des unentgeltlichen Schulderrlasses die Aufnahme eines Notariatsactes über denselben für nothwendig nicht anerkennen.¹⁾ Dies wird auch durch den § 1444 a. b. G. B. bekräftigt, welcher für den doch regelmässig unentgeltlich erfolgenden Erlass des Erfordernisses irgend einer Förmlichkeit mit keinem Worte erwähnt, und folgt auch aus der Erwägung, dass § 943 a. b. G. B. aus einem bloss mündlichen Schenkungsvertrage ein Klagerrecht nicht erwachsen liess, jene Schenkung aber, welche, um vollendet zu sein, eines solchen nicht weiter bedurfte, in Kraft erhielt.

Auch der Behauptung vermag ich nicht zuzustimmen, wonach zur Giltigkeit des schenkungsweisen Schulderrlasses die Rückstellung der Schuldurkunden an den Donatar unerlässlich sei. Denn wird einmal zugegeben, dass der Erlass durch den darauf gerichteten Parteiwillen bewirkt wird, so ist auch zugestanden, dass bei Vorliegen dieses Consenses die Forderung ipso jure erloschen und eine Rückgabe des Schuldscheines umsoweniger erforderlich ist, als dieser ja nicht Träger der Obligation selbst, sondern ledig-

¹⁾ Die Judicatur der österreichischen Gerichte war von jeher überwiegend der hier vertretenen Anschauung (siehe die Entscheidungen bei Glaser-Unger-Walther, Nr. 445, 1362, 3061, 3695, 4315, 4581, 4939, 6090; unrichtig dagegen Nr. 3983 und sodann Nr. 766 der Peitler'schen Sammlung) und es fand dieselbe auch ihren solennen Ausdruck in dem unter Nr. 15 ins Spruchrepertorium aufgenommenen Rechtssatz: »Der unentgeltliche Schulderrlass (§ 1444 a. b. G. B.) bedarf, um mit Erfolg gerichtlich geltend gemacht werden zu können, nicht der urkundlichen Begründung.«

lich Beweismittel ist ¹⁾ und als die Rückstellung der Urkunde nicht die Erlöschung der Forderung, sondern nur die »rechtliche Vermuthung« der geleisteten Zahlung bewirkt (§ 1428 a. b. G. B.).²⁾ Nicht nur also, dass im Falle eines bloss mündlich oder privaturkundlich ohne Rückstellung des Schuldscheines geschlossenen Erlasses dieser gegen die Klage des Gläubigers einredeweise geltend gemacht werden kann,³⁾ ist der liberirte Schuldner auch befugt, den Schuldschein als ein sine causa im Besitze des ehemaligen Gläubigers befindliches Beweismittel zu condiciren,⁴⁾ zumal ja diese *condictio* nicht eine Klage auf Erfüllung des Schenkungsvertrages ist.

Unter den Schenkungen, welche durch Begründung, Uebertragung oder Aufhebung eines Forderungsrechtes geschehen, nehmen jene einen besonderen Platz ein, deren Gegenstand in einem sogen. dinglichen Forderungsrechte besteht. Obgleich diese Rechte (Reallasten, Bannrechte) nach richtiger

¹⁾ Wo die Urkunde wirklich Trägerin der Forderung und deren Aussteller zur Zahlung an jeden Besitzer derselben verpflichtet ist, dort liegt ein mit wirklicher Uebergabe geschlossener Schenkungsvertrag allerdings erst dann vor, wenn die Urkunde *donandi animo* zurückgestellt oder mit einem *Cassationsvermerke* versehen wurde.

²⁾ Die Bestimmung des § 663 a. b. G. B., welche den Erben verpflichtet bei einer *legata liberatio* den Schuldschein zurückzustellen oder dem Legatar die Befreiung von der Schuld auszufertigen, beweist hiegegen nichts, da der vom Erben auf Zahlung belangte Legatar den letztwilligen Erlass selbst vor der Ausfertigung desselben *ope exceptionis* geltend machen kann.

³⁾ Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes bei Glaser-Unger-Walther, Nr. 435.

⁴⁾ Unger, II. S. 207, N. 18.

Auffassung obligatorischer Natur sind,¹⁾ so sind sie dennoch den Grundsätzen des Tabularverkehrs unterworfen: §§ 9, 12 a. G. G. und es gilt für sie dasselbe, was oben für die Schenkung von Rechten an einer fremden unbeweglichen Sache bemerkt wurde:²⁾ zu ihrer Begründung und Uebertragung, soweit eine solche überhaupt zulässig erscheint, ist die Aufnahme eines Notariatsactes über den Schenkungsvertrag geboten, während deren schenkungsweise Remission der Beobachtung dieser Förmlichkeit nicht bedarf; und dieselben aus dem Einflusse des Grundbuchsrechtes zu erklärenden Modificationen obligationenrechtlicher Sätze treten bei der Schenkung von Hypothekarrechten ein.³⁾

An dieser Stelle ist auch die Schenkung einer Rente⁴⁾ besonders zu erwähnen. Bestellt der Geschenkgeber dem Donatar die Rente, so liegt, falls Letzterer ein Klagerecht auf die einzelnen Raten haben soll und diese nicht je als besondere Schenkung erscheinen, ein der notariellen Begründung bedürftiges Schenkungsversprechen vor. Für die Schenkung einer dem Geschenkgeber gegen einen Dritten zustehenden Rentenforderung sind die Grundsätze der Cession massgebend.

¹⁾ Gerber, S. 445 u. ff. Stobbe, II. S. 207, 220 u. ff.

²⁾ Meyerfeld, I. 149.

³⁾ Exner, Hypothekenrecht, S. 378.

⁴⁾ § 955, a. b. G. B. III. 2, § 60, w. g. G. B. Nach römischem Recht ist die Frage der Schenkung einer Rente mit Rücksicht auf die Berechnung ihres Betrages ob der Unklarheit der l. 34, § 4, C. de don. 8, 54 bekanntlich sehr controvers vgl. darüber Savigny, IV. S. 212 u. ff. Holzschuher, III. S. 482. Baron, S. 115.

V. Die schenkungsweise Uebertragung von Bergberechtigungen.

Bei der Uebertragung von Bergberechtigungen haben wir zwei Gruppen derselben zu unterscheiden und zwar:

1. Das sogenannte Bergwerkseigenthum.¹⁾ Dieses bildet einen Gegenstand der Eintragung in das Bergbuch und es gelten für den Verkehr mit demselben die Grundsätze unseres Immobiliarsachenrechts,²⁾ sohin auch gemäss Art. I. Einf. Gesetz zum allg. G. G. die Bestimmungen dieses Gesetzes. Es wird daher dem Bergbuchrichter der über das Veräusserungsgeschäft errichtete Vertrag in der zu seiner Giltigkeit erforderlichen, also in der notariellen Form vorgelegt werden müssen.³⁾ Dasselbe gilt auch vom gewöhnlichen Bergwerksmiteigenthum (§ 135 a. B. G.); Kuxe hingegen werden nur durch Ueberschreibung im Gewerkenbuche übertragen (§ 142 a. B. G.),⁴⁾ wozu es lediglich der Vorlage des alten Kuxscheines und eines von beiden Contrahenten unterzeichneten schriftlichen oder protokollarischen Ansuchens bei der Bergbehörde bedarf.

¹⁾ Dazu gehören die in § 109 a. B. G. v. 23. Mai 1854 Z. 146 R. G. Bl. angeführten Gegenstände, sowie zufolge § 121 a. B. G. deren Zugehör.

²⁾ Hingenau, Handbuch der Bergrechtskunde, S. 565. Schneider, Lehrbuch des Bergrechtes, 3. Aufl. S. 193. Stobbe, Deutsches Privatrecht, II. S. 541. Dernburg, I. S. 618.

³⁾ Die in § 122 a. B. G. vorgeschriebene Anzeige von der Bergwerksübertragung ist eine rein administrative. Hingenau a. a. O.

⁴⁾ Schneider, S. 308.

2. Für die Uebertragung der sonstigen Bergberechtigungen, welche als Eigenthum an einem bestimmten Bergwerksobjecte nicht angesehen werden können, ist die Vorschrift des § 38 a. B. G. massgebend, wonach eine jede derartige Uebertragung der Bergbehörde anzuzeigen, der Uebernehmer jedoch vor Erstattung dieser Anzeige zur Ausübung des erworbenen Rechtes nicht befugt ist. Der über eine solche Berechtigung geschlossene Veräußerungsvertrag ist hinsichtlich seiner Form lediglich an die Grundsätze des allgemeinen Privatrechtes gebunden ¹⁾ und seine Erfüllung liegt in der erwähnten Anzeige. Die schenkungsweise Uebertragung eines Schurfrechtes ist also vollendet, sobald der bisherige Schurfberechtigte der Bergbehörde den Donatar als seinen Rechtsnachfolger angezeigt hat, ohne dass etwa noch die Ueberschreibung der Lizenz im Schurfbuche (§ 39 a. B. G.) hiezu erforderlich wäre. Die Causa der Uebertragung übt auf die Form der Anzeige einen Einfluss nicht, da bei der Prüfung derselben nur das Consensprincip und nicht etwa das Legalitätsprincip einen Raum hat.

VI. Die schenkungsweise Uebertragung von Immaterialgüterrechten.

Die Betrachtung des Vermögens führt uns zu einer doppelten Eintheilung der dasselbe bildenden Einzelgüter, je nachdem wir dieselben unterscheiden von einem mehr wirthschaftlichen Gesichtspunkte aus nach dem sinnlichen Eindrücke, den sie auf uns machen, als greifbare, körperliche, räumlich abgegrenzte Stücke

¹⁾ Schneider a. a. O. S. 150.

der Aussenwelt (*res corporales*) und in solche, bei welchen wir einen derartigen Eindruck nicht empfangen, obgleich an deren Gutseigenschaft zum mindesten in dem Sinne nicht gezweifelt werden kann, dass sie das Vermögen, in welchem sie sich befinden, zu einem höherwerthigen gestalten (*res incorporales*), und dann von einem specifisch juristischen Gesichtspunkte aus innerhalb ihrer Erscheinungsform im Gebiete des subjectiven Rechts als Herrschaft und als Befugniss. Diese beiden Eintheilungen decken sich jedoch nicht, sondern kreuzen einander: jene Güter, welche nicht körperliche Sachen sind, sind darum noch keineswegs immer auch nur Befugnisse (Obligationen), vielmehr gibt es auch Herrschaftsverhältnisse, als deren Object nicht nur eine körperliche Sache, sondern ein immaterielles Gut erscheint: sogen. *Immaterialgüterrechte*. Diese Rechte ¹⁾ sind nicht erst ein Erzeugniss des Rechtslebens unserer Tage, wohl aber gehört erst der jüngsten Zeit jene Auffassung derselben an, welche in ihnen subjective Rechte von der Structur eines Gewaltverhältnisses erblickt und ohne sie ob ihrer juristischen Construction mit dem Eigenthume, ob ihrer praktischen Erscheinungs- und Wir-

¹⁾ Vgl. über deren rechtliche Natur namentlich von jenen Schriften, welche mit der hier vertretenen Anschauung im Wesentlichen übereinstimmen: Kohler, Deutsches Patentrecht, S. 7 u. ff. Das Autorrecht (in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, XVIII.) S. 129 u. ff. Anders, Beiträge zur Lehre vom literarischen und artistischen Urheberrechte, S. VII. S. 84 u. ff. Harum, Die gegenwärtige österreichische Pressgesetzgebung, S. 52 u. ff. Dahn in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XX. S. 355 u. ff. Stobbe, III. S. 1 u. ff. S. 12. Dernburg, II. S. 862.

kungsform mit den Forderungsrechten zu identificiren, doch anerkennt, dass sie mit letzteren den Mangel eines physischen Objectes, an welchem sie bestehen, mit ersterem wiederum den absoluten Charakter und insbesondere das gemeinsam haben, dass sie dem Berechtigten eine positive Herrschaft über ein hier nur immaterielles Object gewähren und nicht etwa lediglich den übrigen Personen eine negative Zwangspflicht auferlegen.

Den grössten Raum innerhalb des Gesamtgebietes des Immaterialgüterrechtes nehmen die Urheberrechte ein. Auch sie sind nicht etwa bloss eine Summe von einzelnen Befugnissen, insbesondere mit verbiethendem Charakter, wie es ja auch das Eigenthum nicht ist, sondern ein einheitliches mit einer Reihe von Rechtsfolgen ausgestattetes Herrschaftsverhältniss über ein ideales Product geistiger Thätigkeit. Jede andere Construction bildet ein Seitenstück zur bekannten Theorie Mann's von der rechtlichen Natur der Reallasten, widerspricht der verkehrsmässigen Erscheinung des Urheberrechts und bedeutet eine Verflachung des Begriffes des subjectiven Rechts überhaupt.

An der Uebertragbarkeit der Urheberrechte besteht kein Zweifel: ¹⁾ es ist eben das Immaterialgüterrecht von dem Individualrecht, das Urheberrecht von der Urheberschaft wohl zu unterscheiden. Und es ist mit Grund nicht zu bestreiten, dass bei einer solchen Uebertragung der Successor nicht etwa bloss ein exercitium juris, sondern das Recht selbst, seiner Sub-

¹⁾ Stobbe, III. S. 44. Dernburg, II. S. 855. Anders a. a. O. S. 122.

stanz nach erwirbt, da der Realisirung eines derartigen Ueberganges die juristische Natur des Urheberrechts ein Hinderniss nicht in den Weg legt. Eine bestimmte Form für die Uebertragung von Immaterialgüterrechten hat der Verkehr nicht ausgebildet. Wohl findet sich oft der Satz, dass für die Veräusserung solcher Rechte die allgemeinen für den Veräusserungsvertrag geltenden Grundsätze Anwendung zu erleiden haben, und es ist dieser Satz eben so sehr richtig als nichtsagend, indem er eben nur auf das obligatorische Veräusserungsgeschäft bezogen werden kann, während der Uebertragungsact selbst von dem obligatorischen Veräusserungsgeschäft gewiss unabhängig ist. Nachdem nun aber Gegenstand des Immaterialgüterrechts ein ideelles Gut ist, nachdem dieses Recht insbesondere nicht abhängt von dem Rechte an jener körperlichen Sache, in welcher das intellectuelle Schaffen etwa seine Verkörperung findet, und nicht jenem zu- steht, welcher diese körperliche Sache besitzt, so ist nicht daran zu zweifeln, dass der Uebergang eines Immaterialgüterrechts, von einer abweichenden Norm des positiven Rechtes abgesehen, durch formlosen *ex justa causa* ¹⁾ geschlossenen Vertrag mit der Wirkung erfolgt, dass der Successor nunmehr selbst Träger der Herrschaft über das Immaterialgut wird, dass der Rechtsschutz, den er nun geniesst, ein originärer ist und dass, wenn eben nur die Parteiabsicht darauf gieng, eine Uebertragung des ganzen Herrschaftsverhältnisses zu vollziehen, bei dem Urheber nichts zurückbleibt, als allenfalls das Bewusstsein von der Ur-

¹⁾ Auch hier genügt es, wenn die *causa subjectiv* eine *justa* ist.

heberschaft und das aus letzterer entspringende Individualrecht auf Achtung dieser Thatsache.¹⁾

Ob des Erfordernisses der Practicabilität des Rechts muss auch das Immaterialgüterrecht an etwas Sinnliches sich anlehnen. Dieses sinnliche Element gewährt beim literarischen oder künstlerischen Urheberrecht das Schrift- oder Kunstwerk; in anderen Fällen, insbesondere bei den gewerblichen Urheberrechten, fehlt es an einem solchen, da letztere auch unausgeführt zu bestehen vermögen und da selbst die Ausführung der Idee nicht eine Verkörperung, sondern höchstens eine Exemplificirung derselben bedeutet. Dazu kommt dann noch die Erwägung, dass bei dem gewerblichen Urheberrechte im Gegensatze zu dem literarischen und künstlerischen das Hauptgewicht in dem Inhalte liegt und dass es in der Natur der menschlichen Erkenntniss und Cultur wohl begründet ist, dass der Fortschritt von der einen Stufe der Entwicklung zur nächst höheren ein innerlich nothwendiger ist, dass die Erfindung oder Entdeckung von heute aus dem Stande des Wissens und Könnens von gestern sich ergibt. Aus der Fürsorge für die trotz dieser Schwierigkeiten zu realisirende Möglichkeit des Schutzes auch solcher Rechte ist nun die heute allgemein übliche Einrichtung einer administrativen

¹⁾ Der Vertrag, wodurch ein Immaterialrecht unmittelbar übertragen wird, darf freilich nicht als ein obligatorischer Vertrag angesehen werden, vielmehr bietet er eine Analogie zum dinglichen. Bei Harum (a. a. O. S. 143, 144) scheint mir eine Verwechslung zwischen der unmittelbaren Uebertragung des Immaterialgüterrechts und einem etwa vorhergehenden obligatorischen Vertrage zu unterlaufen.

Evidenzhaltung der bestehenden gewerblichen Urheberrechte durch Eintragung derselben in öffentliche Register erwachsen.¹⁾ Diese Register sind den Grundbüchern in manchen Beziehungen analog, in anderen wiederum von ihnen unterschieden: als Berechtigter gilt in der Regel derjenige, der als solcher darin eingetragen erscheint, und der Staat macht die Gewährung seines Schutzes und mithin die Ausschliessung Dritter von der Eintragung abhängig; doch ist für diese Register, da sie in erster Linie eine administrative Function haben, das Consens- und nicht das Legalitätsprincip massgebend.²⁾

Nach Vorausschickung dieser Grundsätze gelange ich nun zur Darstellung der einzelnen Immaterialgüterrechte, insoweit dieselben hier von Interesse sind.

A. Die gewerblichen Urheberrechte.

Unter diesen nimmt das in Oesterreich durch Gesetz vom 15. August 1852, Z. 184, R. G. Bl., geregelte Patentrecht³⁾ den hervorragendsten Rang ein.

Die freie Veräusserlichkeit eines Patentes ist im Gesetze ausdrücklich anerkannt (§§ 3, 22, 28, 29, 33,

¹⁾ Das deutsche Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Compositionen und dramatischen Werken sowie das Kunstschutzgesetz vom 9. Jänner 1876 kennen eine Eintragsrolle zur Ersichtlichmachung bestimmter Verhältnisse auch für das literarische und künstlerische Urheberrecht: Wächter, Das Autorrecht nach dem gemeinen deutschen Recht, S. 136. Stobbe, III. S. 48. Dernburg, II. S. 888.

²⁾ Kohler, Patentrecht, S. 186.

³⁾ Ueber österreichisches Patentrecht siehe die Uebersicht bei Ulbrich, Lehrbuch des österreichischen Staatsrechtes, S. 585 u. ff.

35 bis 37 Priv. G. §. 26 der mit Erlass des k. k. Handelsministeriums vom 5. October 1852 verfügten Vollzugsvorschrift) und zwar kann das Erfinderrecht in mehrfacher Art Gegenstand der Veräusserung und somit auch der Schenkung sein. Es kann nämlich geschenkt werden:

1. Der aus der Erfindung resultirende Anspruch auf Ertheilung eines Privilegiums. Die Uebertragbarkeit von Erfinderrechten vor der Patentirung ¹⁾ anerkennt der Verkehr und realisirt sie täglich; für das österreichische Recht ist sie implicite in den §§ 3, 29 Priv. Gesetz ausgesprochen, wonach auf eine aus dem Auslande einzuführende Erfindung ein Privilegium nur dem ausländischen Patentinhaber »oder dessen Rechtsnehmer« zu Theil wird. Der Uebergang erfolgt durch formlosen Vertrag, dessen rechtlicher Inhalt der ist, dass das dem Erfinder aus der Erfindung erwachsene Recht auf Patenterwirkung und ausschliessliche gewerbliche Ausbeutung auf einen Nichtfinder übertragen wird. Gibt der Erfinder dann, bevor der Donatar das Privileg für sich erlangt hat, die Erfindung dennoch Preis oder erwirbt er ein Patent für sich oder ein Dritter durch ihn, so hat dies lediglich die Bedeutung, als wie wenn ein unbetheiligter Dritter, auf dolosem Wege zur Kenntniss der Erfindung gelangt, über dieselbe in der angegebenen Weise disponirt hätte. Die allfälligen Ansprüche des Donatars gegen den Geschenkgeber sind nach diesen Grundsätzen zu beurtheilen; ²⁾ sie stellen sich dar nicht als

¹⁾ Kohler, Patentrecht, S. 79, 80, 150. Dagegen Stobbe, III. S. 34.

²⁾ Sie sind nach österreichischem Rechte bekanntlich sehr

Ansprüche aus dem obligatorischen Schenkungsvertrage, sondern als aus dem eigenen Erfinderrechte erwachsen.

2. Von grösserer Bedeutung ist die Uebertragung eines Privilegiums beziehungsweise des durch Patent seitens des Staates anerkannten Rechtes auf ausschliessliche gewerbliche Ausbeutung einer Erfindung.¹⁾ Für solche Veräusserungen²⁾ normiren die §§ 35—37 Priv. G. das Erforderniss der Eintragung der Uebertragungsurkunde in das nach § 31 Priv. G. bei dem Ministerium für Handel und Gewerbe geführte Register, und es muss letztere, falls sie nicht von einer öffentlichen Behörde ausgefertigt ist, in beglaubigter Form vorgelegt werden. Die Causa der Uebertragung übt auf die Form derselben auch hier keinen Einfluss und unterliegt keiner Prüfung seitens der Registerbehörde, und es genügt daher auch für die Schenkung eines Patentes, wenn der Geschenkgeber dem Donatar die mit seiner legalisirten Namensunterfertigung versehene Uebertragungsurkunde ausgehändigt hat.

3. Auch eine Schenkung der einzelnen aus dem (verletzten) Privilegium erwachsenen Ansprüche ist möglich.³⁾ Diese Ansprüche sind indessen obligatori-

prekär; vgl. § 50 und allenfalls § 29 Priv. G. Ueber das deutsche Patentrecht siehe Kohler a. a. O. S. 81, 86.

¹⁾ Stobbe, III. S. 45. Dernburg, II. S. 885. Kohler, a. a. O. S. 184.

²⁾ Dieselben können auf gänzliche oder theilweise Uebertragung des Patentes gerichtet sein § 35 Priv. G. Im ersten Falle tritt Succession, im zweiten Mitberechtigung der Contrahenten ein. Kohler a. a. O. S. 152.

³⁾ Kohler a. a. O. S. 470 u. ff.

scher Natur, ihre unentgeltliche Ueberlassung hat vollkommen die Natur einer schenkungsweisen Cession und folgt sohin auch den für diese entwickelten Grundsätzen.

4. Endlich kann auch noch die Gewährung eines sogen. Lizenzrechtes den Gegenstand einer Schenkung bilden,¹⁾ da § 22 Priv. G. dem Privilegirten ausdrücklich das Recht einräumt, Andere zu ermächtigen, seine Entdeckung, Erfindung oder Verbesserung unter dem Schutze seines Privilegiums auszuüben. Durch diese Gestaltung erhält der Permissionär ein eigenes, nöthigenfalls auch dem Patentinhaber gegenüber durchsetzbares Recht zur gewerblichen Ausbeutung der privilegirten Erfindung neben dem Erfinder in dem vereinbarten Umfange und es bedarf die Einräumung einer solchen Lizenz der Beachtung einer besonderen Form nicht, indem ja nach § 38 Priv. Ges. nur jene Nachmachung, Nachahmung, Einführung aus dem Auslande oder Aufbewahrung von Privilegiengegenständen als Patenteingriff anzusehen ist, die ohne Zustimmung der Privilegirten erfolgt, und durch die auch formlos gewährte Lizenz das Moment der Widerrecht-

¹⁾ Ueber die juristische Natur dieses Lizenzrechtes besteht Streit; während die herrschende Lehre dasselbe für »eine theilweise Entsagung von Rechten aus dem Patent« erklärt (Dernburg, II. S. 885), erblickt Kohler (Patentrecht, S. 157. Autorrecht, S. 426 u. ff.) in demselben ein quasidingliches Recht an dem Patentrechte. Mir scheint die Kohler'sche Ansicht allerdings consequenter, da die wenn auch nicht ausschliessliche Berechtigung der gewerblichen Ausbeutung einer nicht Allen freistehenden Erfindung, auch wenn sie in Concurrenz mit dem Patentinhaber geschieht, immerhin nicht bloss die Exemption von einem Verbote, sondern ein eigenes Recht des Permissionars involvirt.

lichkeit ausgeschlossen wird. Das Lizenzrecht wirkt selbstverständlich auch gegen den Privilegienbesitzer und es ist wohl, falls dasselbe während der Strafverhandlung bestritten werden sollte, gemäss § 46 Priv. G. und § 35 Al. 1 V. V. letztere bis zur Austragung des an den Civilrichter zu verweisenden Streites über den Rechtsbestand der Lizenz auszusetzen.

Auch ein Musterrecht ¹⁾ kann in analoger Weise wie ein Privileg Gegenstand einer Schenkung sein, da dasselbe veräusserlich ist (§ 2 Musterschutzgesetz); dagegen klebt ein Markenrecht ²⁾ nach § 5 des Gesetzes vom 7. December 1858, Z. 236, R. G. Bl., an dem Gewerbsunternehmen, für welches die Marke bestimmt und kann ohne dasselbe nicht veräussert werden.

B. Das literarische und künstlerische Urheberrecht.

Das literarische und künstlerische Urheberrecht oder Autorrecht ³⁾ bezieht sich 1. auf Schriftwerke, Abbildungen, Vorträge u. dgl., sodann 2. auf musikalische Compositionen und endlich 3. auf Werke der

¹⁾ Gesetz vom 7. December 1858, Z. 237, R. G. Bl. und vom 22. Mai 1865, Z. 35, R. G. Bl. Ulbrich, Staatsrecht, S. 582 u. ff. Stubenrauch, Das österreichische Marken- und Musterschutzgesetz, S. 36—68. Richter, Das Kunstgewerbe, S. 121. Stobbe, III. S. 37. Dernburg, S. 875.

²⁾ Stubenrauch a. a. O. S. 1—35.

³⁾ Vgl. darüber Kohler, Das Autorrecht, Wächter, Das Autorrecht, Harum, Die gegenwärtige österreichische Pressgesetzgebung I. und II. Abtheilung Anders, Beiträge zur Lehre vom literarischen und artistischen Urheberrechte, Kirchstetter, S. 545 u. ff. Stubenrauch, III. S. 279 u. ff. Ulbrich in den Mittheilungen des deutschen Juristenvereines in Prag, XIV. (1882) S. 22—28.

bildenden Kunst. Dasselbe gewährt 1. das ausschliessliche Veröffentlichungs- und Vervielfältigungsrecht, 2. das ausschliessliche Uebersetzungsrecht und 3. das ausschliessliche Aufführungsrecht: in diesen Richtungen geniesst der Autor im Grunde des Patentges vom 19. October 1846, Nr. 992, J. G. S. n. F. gesetzlichen Schutz gegen jeden Eingriff.

Sämmtliche diese Berechtigungen lassen als selbstständige Vermögensrechte eine Loslösung von der Person des Urhebers, also eine Veräusserung und Uebertragung an einen Anderen zu.¹⁾ Eine solche Veräusserung kann nun aber (wie dies auch beim gewerblichen Urheberrechte der Fall ist) einen verschiedenen Inhalt haben und somit auch ein Vermögensrecht von verschiedener Potenz übereignen. Insbesondere kann dieselbe enthalten:

1. Den Abschluss eines sogenannten Verlagsvertrages²⁾ oder eines correspondirenden Vertrages über die Aufführung eines dramatischen Werkes oder die Veranstaltung einer Uebersetzung. Diese Verträge sind zweiseitig verbindliche Verträge: der Urheber gewährt dem Verleger, Theaterunternehmer, Ueber-

¹⁾ §§ 2, 3, 6, 8, 11, 13, 14, 19, 22, 27, 28, 32. Patent vom 19. October 1846. Stubenrauch, III. S. 287. Harum, S. 142 u. ff. Wächter, S. 107 u. ff. S. 297 u. ff. S. 315 u. ff. Anders, S. 122, 130, 132. Stobbe, III. S. 23. Dernburg, II. S. 865. Anderer Ansicht Gerber, System des deutschen Privatrechts, 11. Aufl. S. 595, N. 4.

²⁾ §§ 1164—1171 a. b. G. B. Zeiller, III. S. 511 u. ff. Nippel, VII. S. 437 u. ff. Stubenrauch, III. S. 289 u. ff. Kirchstetter, S. 551 u. ff. Harum a. a. O. S. 148 u. ff. Kohler, Autorrecht, S. 412. Stobbe, III. S. 283. Gerber, S. 546 u. ff. Dernburg, II. S. 588.

setzer das unbeschränkt oder räumlich beschränkt ausschliessliche Recht der Vervielfältigung und Verbreitung, beziehungsweise Aufführung und Uebersetzung seines Werkes; der Verleger, Theaterunternehmer, Uebersetzer übernehmen dagegen die Verpflichtung zur Veranstaltung der Herausgabe, Aufführung,¹⁾ Uebersetzung in verabredeter oder üblicher Form. Der Verlagsvertrag ist also ein entgeltlicher Vertrag, kann auch wenn der Autor ein besonderes Honorar für sein Werk nicht erhält, als eine Schenkung nicht angesehen werden und bedarf zu seiner Giltigkeit der Beobachtung einer bestimmten Errichtungsform nicht.²⁾ Im Uebrigen sind im Verlagsvertrage zwei Elemente zu unterscheiden: ein obligatorisches, die beiderseitigen Verpflichtungen enthaltendes und ein quasi-dingliches, welches die Constituierung des Verlagsrechtes beinhaltet.

2. Die Veräusserung des Autorrechtes kann ferner eine vollkommene³⁾ Uebertragung desselben als eines immaterialen Vermögensrechtes in der Art bezielen und bewirken, dass der Urheber das bislang ihm zustehende Herrschaftsverhältniss auf den neuen

¹⁾ Kirchstetter, S. 556 bei N. 31. Harum, S. 166. Wächter, S. 322.

²⁾ Harum a. a. O. S. 156. Auch nach Handelsrecht (Art. 272 Al. 5, 317. H. G. B.) bedarf es zur Giltigkeit des Verlagsvertrages keiner Förmlichkeit; nach preussischem Rechte (A. L. R. I. 11 §§ 998, ist die schriftliche Errichtung desselben erforderlich, die mündliche Verabredung hat nur in Verbindung mit der Uebergabe des Manuscriptes und auch da nur beschränkte Bedeutung.

³⁾ Hieher gehört auch die Uebertragung des Autorrechtes zu einem ideellen Theile, so dass eine Mitberechtigung entsteht. Kohler, Autorrecht, S. 377, 390.

Erwerber überträgt und dass dieser nunmehr berechtigt wird, mit dem erworbenen immateriellen Gute nach freiem Belieben zu schalten, dasselbe ausschliesslich auszunützen, es gänzlich oder in bestimmtem Umfange freizugeben oder auch vollkommen ungenützt zu lassen.¹⁾ Auch hier erfolgt die Uebertragung durch einfachen Vertrag, dessen Causa allerdings auch Schenkung sein kann, und der auch in diesem Falle an die Beobachtung des Notariatsactes nicht gebunden ist; denn ist es wahr, dass ein Urheberrecht *ex causa onerosa* durch blossen Consens übertragbar ist, und ist die von mir vertretene Auffassung richtig, wonach nur jene Schenkungen, die nicht sofort realisirt werden, der notariellen Errichtung bedürfen, so ist es auch evident, dass in dem auf schenkungsweise Uebertragung des Autorrechts gerichteten quasi-dinglichen Vertrage eine wirkliche Uebergabe gelegen erscheint. Daran wird nun gewiss für den Fall nicht gezweifelt werden können, wenn es sich um die Veräusserung des Urheberrechtes an einem bereits publicirten Werke handelt; allein es gilt dies auch dann, wenn das bezügliche Werk noch nicht veröffentlicht ist, und der Autor das Manuscript oder Kunstwerk dem Successor auch nicht übergeben hat, und es wird alsdann selbst der Urheber zur Vervielfältigung seines literarischen Erzeugnisses nicht befugt sein (§ 4, lit. *a*. § 6 k. Pat. vom 19. October 1846): der Autor hat sich auch da seines Urheberrechtes zu Gunsten des Rechtsnachfolgers begeben und ist sohin zur Ausübung oder zu einer anderweitigen Veräusserung desselben nicht mehr

¹⁾ Wächter, S. 117.

berechtigt. Eine andere Frage aber ist es, ob er auch verpflichtet ist, dem Erwerber des Autorrechts das Manuscript behufs dessen Vervielfältigung zur Verfügung zu stellen, beziehungsweise dasselbe oder das Kunstwerk zu diesem Behufe auszufolgen,¹⁾ oder sogar, falls es noch nicht einmal vollendet wäre, auch es zu vollenden. Bei entgeltlicher Veräußerung des Autorrechts wird dem wohl unter allen Umständen so sein, weil schon ob des gewährten Entgeltes angenommen werden muss, dass der Urheber eine solche Verbindlichkeit habe auf sich nehmen wollen; bei unentgeltlichen Veräußerungen aber kommt es darauf an, ob man in dieser Verpflichtung des Urhebers eine besondere obligatorische Verbindlichkeit desselben, deren giltige Uebernahme selbstverständlich an die notarielle Errichtung geknüpft wäre, oder aber eine Wirkung des Autorrechts erblickt. Ich halte die letztere Anschauung für die richtige und erachte die Aufnahme eines Notariatsactes nur in jenem Falle für geboten, wenn das Schrift- oder Kunstwerk noch gar nicht producirt ist und der Veräußerer des Urheberrechts die Verpflichtung zur Herstellung des Werkes übernimmt.²⁾

¹⁾ Wiederum eine andere Frage ist es, ob zur Uebertragung die blosse Uebergabe des Manuscriptes oder Kunstwerkes genügt. Diese Frage ist für literarische Werke principiell zu verneinen (Wächter, S. 117, 118. Zachariae, Handbuch des französischen Civilrechts, 6. Aufl. IV. S. 233, N. 10; selbstverständlich kann in der Uebergabe auch eine stillschweigende auf Uebertragung des Autorrechts gerichtete Willenserklärung enthalten sein: Harum, S. 144, Wächter, S. 118), für Werke der bildenden Kunst aber zu bejahen: § 11 k. Patent v. 19. October 1846. Harum, S. 147.

²⁾ Dass die Uebergabe des Kunstwerkes zum Uebergange des

3. Auch in der Gewährung einer Lizenz insbesondere für dramatische und musikalische Aufführungen ¹⁾ kann in Analogie zur Bestellung einer Servitut eine Schenkung von Autorrecht gelegen sein, und da die §§ 3, 4, 6, 8 k. Pat. vom 19. October 1846 für die Genehmigung, deren Mangel eine wesentliche Voraussetzung für die Rechtswidrigkeit der Vervielfältigung, Nachbildung und Aufführung bildet, das Erforderniss der Beobachtung einer bestimmten Förmlichkeit nicht kennen, so ist gleich der Bestellung einer Patentlizenz auch die Gewährung einer Lizenz auf dem Gebiete des literarischen und künstlerischen Urheberrechts vollkommen formfrei, erfolgt sohin durch den ex justa causa darauf gerichteten Parteiconsens mit der Wirkung eines unmittelbaren Rechtserwerbs für den Lizenzempfänger und bedarf aus eben diesem Grunde, auch wenn sie Schenkung ist, der notariellen Begründung nicht.

4. Die Uebertragung des aus dem Urheberrechte hervorgehenden Anspruches ²⁾ kann gleichfalls donandi causa erfolgen, sobald es sich nicht um einen Anspruch auf Anerkennung (im weiteren Sinne) des Autorrechts, sondern um einen Entschädigungsanspruch aus dem verletzten Rechte handelt. Diese Uebertragung ist aber lediglich Cession von obligatorischen Rechten und als solche zu beurtheilen.

5. Die »Widmung des Reinertrags«, die bei literarischen und dramatischen Werken vorzukom-

Urheberrechtes daran nicht erfordert wird, erhellt aus § 11 k. Patent v. 19. October 1846 argum. d. contr.

¹⁾ Kohler, S. 424 vgl. auch Wächter, S. 118.

²⁾ Kohler, S. 432, 435.

men pflegt, ist entweder eine Cession des dem Autor gegen den Verleger, Theaterunternehmer u. s. w. zustehenden Ertragsanspruches und als solche formfrei, oder sie enthält die Uebernahme der Verpflichtung seitens des Autors, den erzielten Ertrag dem Donatar zukommen zu lassen, also ein der notariellen Errichtung bedürftiges Schenkungsversprechen. Von einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten, kann nicht die Rede sein.

Auch die schenkungsweise Bestellung des Niessbrauches an einem Urheberrechte ¹⁾ ist denkbar: von ihr gilt nichts anderes, als was bereits oben für den Ususfructus an Rechten angedeutet wurde, und sie erfolgt sohin durch einfachen formfreien Vertrag, beziehungsweise Eintrag im Patentregister.

VII. Die Schenkung durch indirecte Vermögenszuwendung.

Bei der Manigfaltigkeit des Verkehrs ist es unmöglich, die Casuistik der Geschäfte, in welche eine Schenkung eingeschlossen werden kann, erschöpfend darzustellen; ich begnüge mich daher, und kann dies in der Frage, welche den Gegenstand dieser Untersuchung bildet, mit Fug, dieselben ihrer Structur nach in Gruppen zu sondern. Unter dem Gesichtspunkte der indirecten Vermögenszuwendung lassen sich nun zwei Gruppen unterscheiden.

¹⁾ Siehe darüber Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch, S. 73 u. ff. Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht, S. 144—147. Kohler, Autorrecht, S. 407 u. ff. Patentrecht, S. 155. Dernburg, I. S. 699.

1. Vor allem sind hier jene Fälle zu erwähnen, wo die Schenkung nicht in einem auf Uebertragung von Vermögensstoff gerichteten Rechtsgeschäfte erscheint, wo also die Bereicherung durch einseitige Thätigkeit des Geschenkgebers oder des Donatars oder auch durch von einander an sich unabhängige Handlungen beider herbeigeführt wird ¹⁾ und wo nur durch das Vorhandensein des beiderseitigen Einverständnisses über die Vornahme dieser Handlung dieselbe zur Schenkung erhoben wird.²⁾ Hieher gehören:

a) jene Schenkungen, welche dadurch erfolgen, dass der Geschenkgeber in der Intention auf ein Vermögensstück verzichtet, damit der Bedachte durch eine eigene Handlung es erwerbe;³⁾

b) Schenkungen durch Unterlassungen, soweit darin wahre Schenkungen erblickt werden können;⁴⁾

c) Schenkungen durch Bestreitung eines Aufwandes für den Donatar.⁵⁾

¹⁾ Brinz, II. S. 1310.

²⁾ Es lässt sich dieser Fall nach Ihering (Dogmatische Jahrbücher, X. S. 307—309) als ein in Folge einer Vereinbarung die Function einer directen Erwerbsart ausübender Erwerb durch Reflexwirkung bezeichnen.

³⁾ Den Hauptfall bildet die Dereliction in der Absicht, dass ein Anderer occupire: Savigny, IV. S. 107, 108. Holzschuher, III. S. 475. Unger, II. S. 191, N. 10. Der § 939 a. b. G. B. steht der Auffassung solcher indirerter Vermögenszuwendungen als Schenkung wohl nicht im Wege. Doch wird darin häufig eine Tradition gelegen sein: Meyerfeld, I. S. 108, 109.

⁴⁾ Savigny, IV. S. 28 u. ff. Beilage IX. S. 563—586. Unger, II. S. 192, N. 10. Dernburg, II. S. 413.

⁵⁾ Meyerfeld, I. S. 215 u. ff. Windscheid. II. S. 346. Unger, II. S. 198, N. 38. Den Hauptfall bildet eine mit dem ani-

In all' diesen Fällen ist die Schenkung vollzogen, sobald der die Vermögenszuwendung enthaltende Act vorgenommen wurde; zu ihrer Realisirung ist nicht etwa noch eine Klage erforderlich; sie bedarf also zu ihrer Giltigkeit nicht der notariellen Errichtung, für welche übrigens auch kein Raum wäre.

2. Die zweite Gruppe bilden die Fälle der *donatio per interpositam personam*,¹⁾ wo also die Schenkung nicht direct zwischen Geschenkgeber und Donatar, sondern durch ein mit einem Dritten abgeschlossenes Rechtsgeschäft vollzogen wird. Hieher gehören:

a) die Zahlung einer Schuld des zu Beschenkten;²⁾

b) die Ertheilung einer Anweisung an einen Drit-

mus donandi vorgenommene *gestio alieni negotii* (Savigny, IV. S. 130. Windscheid, II. S. 625. Vangerow, III. S. 506. Ogonski, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österreichischem Rechte, S. 28. Stubenrauch, III. S. 185. Kirchstetter, S. 499), wo der Regressanspruch, der bei Bestand des *animus alieni negotia gerendi* den Inhalt der *actio negotiorum gestorum contraria* ausgemacht hätte, nun das Object der Schenkung bildet. Meyerfeld, I. S. 217. Geltend gemacht wird diese Schenkung nöthigenfalls durch sog. Läuterung (*exceptio rei non sic sed aliter gestae* § 6 a. G. O.) also durch Negation der speciell rechtserzeugenden Thatsachen gegen eine etwaige Regressklage des Geschenkgebers.

¹⁾ L. 4, D. de don. 39, 5. *Etiam per interpositam personam donatio consummari potest.* »Die Schenkung überhaupt geht zwischen dem Interponenten und dem Dritten (d. i. dem Donatar) selbst, nur die Vergabung geht vermittelt des interpositus vor sich.« Brinz, II. S. 1600.

²⁾ Meyerfeld, I. S. 279. Savigny, IV. S. 131, 591. Lotmar, Ueber causa im römischen Recht. S. 128, 143, 144. Windscheid, II. S. 383. Stubenrauch, III. S. 105.

ten und die Annahme der Anweisung seitens dieses, dem Donatar eine Leistung zu effectuiren oder zu versprechen (Assignment); ¹⁾

c) die schenkungsweise Schuldübernahme (Expromission); ²⁾

d) die animo donandi erfolgende Annahme einer Assignment des Donatars seitens des Geschenkgebers. ³⁾

Für die Frage nach dem Erfordernisse einer Förmlichkeit ist daran festzuhalten, dass nach dem Gesetze die notarielle Begründung nur für das Schenkungsversprechen geboten ist, dass aber in den eben dargestellten Fällen die Schenkung durch nicht nothwendig liberale, sondern regelmässig (hiefür ist das sogenannte Deckungsverhältniss massgebend) onerose Acte vermittelt und vollzogen wird. Die notarielle Form wird also nur dort beobachtet werden müssen, wo das concrete Geschäft mit der Zwischenperson Schenkungsversprechen ist, wenn also beispielsweise *A* in der Absicht, dem *B* zu schenken, über dessen, der wiederum dem *C* zu schenken gedenkt, Auftrag diesem *C* verspricht; keineswegs aber auch dann, wenn die Geschäfte zwischen dem Geschenkgeber und dem Interpositus und zwischen diesem und dem Donatar nicht Schenkungsversprechen sind. ⁴⁾

¹⁾ Meyerfeld, I. S. 241, 260, 267. Savigny. IV. S. 125, 589. Lotmar a. a. O. S. 105 u. ff. Dernburg, II. S. 420, N. 12.

²⁾ Meyerfeld, I. S. 281. Savigny, II. S. 131. 588. Stubenrauch, III. S. 105.

³⁾ Meyerfeld, I. S. 274 u. ff.

⁴⁾ Dass, wenngleich der Effect des ganzen Verhältnisses Schenkung ist, doch die einzelnen Rechtsgeschäfte nicht nothwendig

§ 5. Besondere Arten der Schenkung.

Es sind hier nachstehende Arten der Schenkung zu erwähnen:

1. Schenkungen unter Ehegatten.¹⁾ Für diese besteht das Erforderniss der Beobachtung einer besonderen gegenüber anderen Schenkungen erhöhten Förmlichkeit nicht (§ 1246 a. b. G. B.), so dass nach unserem Rechte onerose Geschäfte zwischen Ehegatten strengeren Formvorschriften unterworfen sind²⁾ als liberale. Eine Ausnahme ist nur für die Morgengabe, das ist für jenes Geschenk zu machen, welches der Ehemann seiner Gattin am ersten Morgen nach der Hochzeit gibt oder zu geben verspricht.³⁾ Die Vereinbarung über die Morgengabe ist nämlich als Ehepact (§ 1217 a. b. G. B. § 1, lit. a. Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl.) an die notarielle Begründung auch bei sofortiger Leistung gebunden;⁴⁾ mit Rücksicht darauf aber, als ja die Morgengabe

Schenkungen sind, ist auch für das nach gemeinem Rechte dem Geschenkgeber zustehende beneficium competentiae von Bedeutung, welches letzteres eben auch nur gegen die Klage aus einem Schenkungsversprechen geltend gemacht werden kann und cessirt, »sobald ein Rechtsgeschäft mit dritten Personen in die Mitte tritt.« Savigny, IV. S. 596.

¹⁾ Vgl. die oben in N. 14 angeführten Schriftsteller, darunter insbes. Hofmann a. a. O. S. 305, 306.

²⁾ § 1, lit. b Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl.

³⁾ Zeiller, III. n. 605. Stubenrauch, III. S. 344. Kirchstetter, S. 581. Ogonowski, Das österreichische Ehegüterrecht, I. S. 345 u. ff.

⁴⁾ Anderer Meinung allerdings Ogonowski, I. S. 195 vgl. aber gegen diesen Krasnopolski in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart IX. S. 575. 576.

eine von der gewöhnlichen nur dadurch unterschiedene Schenkung ist, dass ihre Wirksamkeit von dem Zustandekommen der Ehe abhängt, so ist dieselbe, dieses vorausgesetzt, in formeller Beziehung gleich der gewöhnlichen Schenkung zu behandeln und bei Vorliegen wirklicher Uebergabe auch ohne Aufnahme eines Notariatsactes gültig.

2. Das *negotium mixtum cum donatione*¹⁾ ist eine in einem onerosen Rechtsgeschäfte eingeschlossene oder mit demselben verbundene Schenkung. Darnach sind hiebei zwei Fälle zu unterscheiden:²⁾ zunächst der, wo das onerose Rechtsgeschäft nur dazu dient, die Schenkung zu verhüllen.³⁾ Dann ist das verhüllende Geschäft als nicht gewollt nichtig, die Schenkung aber nur dann gültig, wenn den Erfordernissen derselben genügt ist (§ 916 a. b. G. B.). Im zweiten Falle sind Schenkung und oneroses Rechtsgeschäft gleich rechtsbeständig nebeneinander gewollt.⁴⁾ Ist hiebei durch das Geschäft die Schenkung bereits vollzogen, so ist eine weitere Förmlichkeit nicht erforderlich; ist die Schenkung darin noch nicht con-

¹⁾ Meyerfeld, I. S. 291 u. ff. Savigny, IV. S. 99. Unger, II. S. 219. Lotmar, Ueber Causa, S. 59. Beispiele bieten l. 18, pr. D. de don. 39, 5 und die Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes bei Glaser-Unger-Walther, Nr. 4659.

²⁾ Meyerfeld, I. S. 299.

³⁾ *Venditio uno nummo*. Der gewöhnliche Zweck einer solchen Simulation war die Verdeckung einer Schenkung unter Ehegatten: l. 5, § 5, D. de don. i. vir. et ux. 24, 1. Gegenwärtig kann damit die Umgehung des Erfordernisses notarieller Errichtung erzielt werden.

⁴⁾ L. 38. D. de don. i. vir. et ux. 24, 1. Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes vom 17. Juli 1872, Z. 6405. Spruchrepertorium, Nr. 6.

summirt, soll z. B. der donandi causa übermässig normirte Preis dem Käufer creditirt werden, so ist die notarielle Vertragsform zu beobachten. Ob das Rechtsgeschäft in seiner Gänze vor dem Notar abgeschlossen werden muss, bestimmt sich darnach, ob eine Trennung des lucrativen Elementes von dem onerosen möglich ist oder nicht. In der Regel wird letzteres nicht der Fall sein.

3. Auch die Schenkung mit einer Auflage (*donatio sub modo*)¹⁾ enthält ein oneroses Element und bietet eine Analogie zum *negotium mixtum cum donatione*. Hinsichtlich der Form ihrer Abschliessung untersteht sie den allgemeinen Grundsätzen und es ist insbesondere die Frage, ob auch die Vereinbarung über die Auflage in die Notariatsurkunden aufzunehmen sei, schon aus § 887 a. b. G. B. entschieden zu bejahen.

4. Die remuneratorische Schenkung²⁾

¹⁾ Meyerfeld, I. S. 412. Savigny, IV. S. 280. Brinz, II. S. 1545. Windscheid, II. S. 398. Unger, II. S. 225. Dernburg, II. S. 429. Vgl. auch die Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes bei Glaser-Unger-Walther, Nr. 4232 und 6561.

²⁾ III. 2, §§ 52, 72, w. g. G. B. § 940 a. b. G. B. Unger, II. S. 221. Ueber das gemeine Recht vgl. Meyerfeld, I. S. 368. Savigny, IV. S. 86. Windscheid, II. S. 397. Holzschuher, III. S. 454. Keller, I. S. 169, für das preussische Recht Dernburg, II. S. 427. Die nach römischem Recht insbesondere aus l. 27, D. de don. 39, 5 erwachsene Controverse, ob die belohnende Schenkung eine von der gewöhnlichen abweichende juristische Natur besitze und darum formfrei und unwiderruflich sei, besteht für unser Recht nicht. Die Grenze zwischen Schenkung und Entlohnung ist schon der Natur der Sache nach keine feste, der Uebergang ein schwankender; so hat das preussische Recht zwischen beiden ein Mittelgebilde: unwiderrufliche, im Concurse einer Anfechtung nicht

ist eine aus Erkenntlichkeit für einen dem Geschenkgeber vom Donatar geleisteten Dienst gemachte Schenkung, deren Besonderheit lediglich in ihrem Motive beruht. Es sind sohin die für Schenkungen überhaupt geltenden Grundsätze auch hier zur Anwendung zu bringen.

5. Eine Abart der remuneratorischen sind die sogenannten wechselseitigen Schenkungen,¹⁾ welche dann vorliegen, wenn der Donatar seinerseits wiederum den Geschenkgeber beschenkt. Geschieht dies aus freiem Antriebe, so liegen zwei rechtlich von einander unabhängige Schenkungen vor; wurden aber die wechselseitigen Schenkungen »vorher dergestalt bedungen, dass der Schenkende wieder beschenkt werden muss, so entsteht keine wahre Schenkung im Ganzen, sondern nur in Ansehung des übersteigenden Werthes« (§ 942 a. b. G. B.). Diese Bestimmung will aber selbstverständlich nur so viel besagen, dass lediglich in Ansehung des übersteigenden Werthes reeller

unterliegende Schenkungen (Dernburg, II. S. 417, 418 vgl. auch § 1064 sächs. b. G. B.) anerkannt. Unser Gesetz hat aber (ebenso das französische: Zachariae, IV. S. 370, 371) in den §§ 940, 941 zwischen Schenkung und Entlohnung eine feste Grenze gezogen und unterwirft jede Zuwendung, auf die ein Klagerecht nicht besteht, der Gesammtheit der über die Schenkung geltenden Rechtssätze. Mit der remuneratorischen Schenkung ist aber der Fall nicht zu verwechseln, wo Jemand, dem ein Anderer in der Erwartung eines üblichen Trinkgeldes einen Dienst leistet, diesem mit Rücksicht darauf etwas gibt oder verspricht. Ein derartiges Versprechen ist darum auch nicht an die notarielle Form gebunden: §§ 1152, 941 a. b. G. B. Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes bei Glaser-Unger-Walther, Nr. 5131,

¹⁾ Unger, II. S. 222. Dernburg, II. S. 428, III. 2, § 54 w. g. G. B.

animus donandi und effective Bereicherung des einen oder anderen Theiles vorhanden ist. Betreffend aber die Form der Abschliessung von wechselseitigen Schenkungen, so gelten auch hier die allgemeinen Grundsätze: besteht die eine Schenkung in einem Schenkungsversprechen, so bedarf es zu ihrer Giltigkeit der Aufnahme eines Notariatsactes über dieselbe; liegen zwei solche Versprechen vor, so müssen beide vor dem Notar abgegeben werden, und es genügt nicht, wenn, wie Schimkovsky ¹⁾ meint, ein Notariatsact nur über den übersteigenden Betrag errichtet wird. Denn abgesehen davon, dass dies nur dann möglich wäre, wenn beide Schenkungen Geldsummen gleicher Währung zum Gegenstande haben, ist ja der Notariatsact nicht über die Bereicherung des Donatars, sondern über den Vertrag, nicht über halbe, sondern über ganze Willenserklärungen aufzunehmen.²⁾

6. Die Schenkung eines Vermögens ³⁾

¹⁾ Handbuch zur neuen österreichischen Notariatsordnung, S. 100.

²⁾ Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, S. 12. Siehe auch A. L. R. I. 11, § 1051. — Von den wechselseitigen Schenkungen ist der Fall wohl zu unterscheiden, wo zwei Gegenstände verschiedenen Werthes gegen einander getauscht werden (§§ 1045, 1047, 1051 a. b. G. B.). Da der übersteigende Werth an sich keine Schenkung begründet, so ist hiebei eine besondere Förmlichkeit nur unter Ehegatten erforderlich (§ 1, lit. b Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl.).

³⁾ Meyerfeld, II. S. 1. Savigny, IV. S. 134. Windscheid, II. S. 395. Holzschuher, III. S. 460. Sintenis, I. S. 204. Dernburg, II. S. 414. Ueber österreichisches Recht vgl. III. 2, § 58, w. g. G. B. § 944 a. b. G. B. Unger, II. S. 207. Entscheidung des k. k. obersten Gerichtshofes bei Glaser-Unger-Walther, Nr. 1539.

muss, mag sie künftiges oder gegenwärtiges Vermögen zum Gegenstande haben, in notarieller Form errichtet werden. Denn, da es sich hiebei um die Uebertragung einer Gesamtheit von Sachen und Rechten handelt,¹⁾ das Eigenthum an beweglichen Sachen erst durch die Tradition, das an Immobilien erst mit der Eintragung erworben wird und auch die Forderungen erst durch Cession übergehen und keineswegs eine Universal-succession begründet wird, so erscheint die Einheit der Schenkung nur im obligatorischen Schenkungsversprechen und dieses bedarf der notariellen Begründung. Dies gilt, wie von dem Vermögen überhaupt, so auch von der Schenkung einer dem Geschenkgeber angefallenen Erbschaft²⁾ und von der schenkungsweisen Abtretung eines Handelsgeschäftes sowie eines Antheiles an einer offenen Handelsgesellschaft.³⁾

7. Die Schenkung auf den Todesfall (mortis causa donatio)⁴⁾ ist ein Institut, das zwischen

¹⁾ L. 35, §§ 4, 5. C. de don. 8, 54.

²⁾ Unger, II. S. 211.

³⁾ Nach Art. 98, H. G. B. (vgl. darüber Hahn, Commentar, zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., I. S. 342. Dernburg, II. S. 618) erhält der Donatar durch diese Abtretung Rechte nur gegen den Geschenkgeber und nicht auch gegen die Gesellschaft. Streitig ist, ob ihm das Kündigungsrecht aus Art. 152 H. G. B. zusteht.

⁴⁾ III. 2, §§ 56, 57, 63 w. g. G. B. § 956 a. b. G. B. Zeiller, III. S. 184. Winiwarter, IV. S. 136. Stubenrauch, III. S. 127, Kirchstetter, S. 469. Unger, VI. S. 322 u. ff. Robitschek in den Mittheilungen des deutschen Juristenvereines in Prag, 1872, Nr. 1. Geller in der Gerichtshalle, 1876, Nr. 69—72, S. 387 u. ff. Treffenschedl in der Gerichtshalle, 1881, Nr. 53, S. 259. Lewinski ebendasselbst, Nr. 60, S. 295. Für das gemeine Recht vgl. Savigny, IV. S. 239. Windscheid, II. S. 399. III. S. 430.

der eigentlichen Schenkung (*donatio inter vivos*) und dem Vermächtnisse in der Mitte steht, und ihre Natur ist streitig. Unser Recht hat nach der m. E. richtigen Auffassung desselben diese Schwierigkeit dadurch behoben, dass es dieselbe in jene zwei Gebilde auflöste, von welchem sich in ihr Elemente vorfinden: die Schenkung auf den Todesfall ist nach österreichischem Rechte nicht Vermächtniss und Schenkung, sondern Vermächtniss oder Schenkung ¹⁾ und zwar jedes voll aber ausschliesslich.

Dass die Schenkung auf den Todesfall der notariellen Errichtung nicht bedürfe, ward mit der Begründung behauptet, dass das Gesetz den Notariatsact nur im Interesse der Gläubiger, welches bei einer *mortis causa donatio* nicht bedroht sei, und nur da fordere, wo eine sofortige Uebergabe gewöhnlich und thunlich sei. Diese Gründe können aber als zutreffend nicht angesehen werden. Nicht die Gläubiger sind es, die durch die Formvorschrift vor Benachtheiligung geschützt werden sollen (zu deren Schutze dienen ja die Bestimmungen der §§ 950, 951, 953 a. b. G. B. § 48 C. O.) sondern der Schenkende selbst ist es, der vor einer Uebereilung oder einer rechtswidrigen Verleitung bewahrt werden soll (III. 2, § 59 w. g. G. B.)

Holzschuher, III. S. 447. Vangerow, II. S. 558. Keller, I. S. 163. Cohen, Die Lehre des römischen Rechts von der Schenkung von Todeswegen. Siehe auch Dernburg, II. S. 429, III. S. 420. Zachariae, IV. S. 192 u. §§ 2500—2502 sächs. b. G. B.

¹⁾ § 603 a. b. G. B. Unger, VI. S. 323, 324. Geller a. a. O. S. 388. Vgl. auch die bereits oben citirte Beilage zu dem Vortrage vom 19. Jänner 1808 bei Pfaff und Hofmann, Excuse, I. S. 80.

und die sofortige Uebergabe des geschenkten Objectes ist auch bei der Schenkung auf den Todesfall trotz § 956 a. b. G. B. nicht nur möglich und thunlich,¹⁾ sondern dann, wenn letztere resolutiv bedingt ist,²⁾ naturgemäss, und dazu kommt noch die Erwägung, dass die mortis causa donatio, wenn sie nicht Legat ist, als Schenkung den für diese geltenden Vorschriften und darunter auch deren Formvorschriften³⁾ und sohin auch dem Gesetze vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., unterworfen ist. Zweifelhaft ist es, ob ihre Giltigkeit auch in dem Falle von der Aufnahme eines Notariatsactes abhängt, wenn die Schenkung eine resolutiv bedingte ist, also mit »wirklicher Uebergabe« abgeschlossen wurde; man könnte wohl glauben, dass in diesem Falle, weil nur die vorliegend ob der wirklichen Uebergabe nicht Platz greifende Bestimmung des § 943 a. b. G. B. durch § 1, lit. *d.* des citirten Gesetzes ersetzt, die einen selbständigen Zweck, die Solennisirung des Verzichtes auf die regelmässige Widerruflichkeit der Schenkung von Todeswegen bezielende Formvorschrift des § 956 a. b. G. B. unberührt gelassen worden sei, die Uebergabe einer privaten Urkunde genüge; doch ist diese Frage immerhin nicht leicht zu beantworten.

¹⁾ Unger, II. S. 199, N. 41. VI. S. 332. S. 23. Kirchstetter, S. 470.

²⁾ Unger, II. S. 200. VI. S. 325, N. 3.

³⁾ Geller a. a. O. S. 397. Die Anschauung Geller's, dass die mortis causa donatio, selbst um als Vermächtniss zu gelten, die die Giltigkeit der Schenkung bedingenden Voraussetzungen mit den Förmlichkeiten des Vermächtnisses verbinden müsse, und die Winwarer's, dass stets die Codicillarform zu beobachten sei, scheinen mir in dem Gesetze nicht begründet.

§ 6. Die Wirkungen der Formverfehlung.

Es erübrigt mir nun noch die Beantwortung der Frage nach den Folgen der Nichtbeachtung der Formvorschrift bei der Schenkung. In dieser Richtung ist nun zunächst der durch das Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., herbeigeführte Rechtszustand von jenem zu unterscheiden, welcher bis zur Wirksamkeit dieses Gesetzes bestand und auch gegenwärtig noch dort besteht, wo dieses Gesetz Geltung noch nicht erlangt hat.¹⁾

Nach der Bestimmung des § 943 a. b. G. B. erwächst aus einem bloss mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage für den Donatar kein Klagerecht; nach § 1 lit. *d.* des Gesetzes vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., ist die Gültigkeit von Schenkungsverträgen ohne wirkliche Uebergabe durch die Aufnahme eines Notariatsactes über dieselben bedingt. Die Formverfehlung hat im ersten Falle die Klaglosigkeit, im letzteren die Ungültigkeit des formlosen Vertrages zur Folge. Mag man diesen Gebrechen welche Bedeutung immer beilegen, so viel wird allerdings festzuhalten sein, dass dieselben nicht *a priori* identificirt werden dürfen, sei es, dass man mit den Redactoren des Gesetzbuches das mündliche Schenkungsversprechen an und für sich für ungiltig betrachtet²⁾ oder mit

¹⁾ Das Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl. gilt dermalen noch nicht in der Bukowina, in Salzburg und in Tirol (mit Ausschluss der Sprengel der Gerichtshöfe Trient und Roveredo).

²⁾ Siehe Pfaff, Ueber die Materialien des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, II. S. 300.

Strohal¹⁾ dafür hält, dass auch nunmehr der formbedürftige aber unförmliche Schenkungsvertrag lediglich des Klagerechtes entbehre.

Man wird auch der Rechtsanschauung des k. k. obersten Gerichtshofes schwerlich beipflichten können, dass der Richter auf den Mangel der Förmlichkeit von Amtswegen keine Rücksicht nehmen dürfe²⁾ und dass andererseits die Unwirksamkeit des formlosen Schenkungsversprechens auf das Verhältniss zu dritten Personen beschränkt sei:³⁾ denn soweit, als die Ungiltigkeit des letzteren reicht, ist sie eine objective und absolute und keineswegs ein blosses Anfechtungsrecht.

Unter allen Umständen konnte und kann dasjenige, was über ein unförmliches Schenkungsversprechen geleistet ward, nicht wieder zurückgefordert werden. Eine solche Leistung kann nämlich in einer doppelten Intention geschehen. Vor allem kann der Geschenkgeber die Leistung, rücksichtlich welcher er bereits ein unverbindliches Versprechen abgegeben hatte, nachträglich *animo donandi* an den Donatar effectuiren. Hierin ist nun eine neue Schenkung mit »wirklicher Uebergabe« gelegen und es ist nur natürlich, dass hier von einer Rückforderung des Geschenkten nicht die Rede sein kann.⁴⁾ Derselbe Erfolg tritt aber auch dann ein, wenn der Geschenkgeber durch das formlose Schenkungsversprechen sich gebunden

¹⁾ Zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien, S. 78, N. 21. Vgl. auch Lewinski in der Gerichtshalle, 1881, N. 60, S. 295.

²⁾ Glaser-Unger-Walther, Nr. 6122.

³⁾ Glaser-Unger-Walther, Nr. 5607.

⁴⁾ Kirchstetter, S. 464. Nippel, VI. 220.

erachtend das Object nicht donandi sondern solvendi animo übergibt. Für den zeitlichen und örtlichen Herrschaftsbereich des § 943 a. b. G. B. konnte beziehungsweise kann das Geleistete darum nicht condicirt werden, weil die Errichtung einer schriftlichen Urkunde zur Begründung des Klagerechts erfordert wird, Zahlungen einer solchen Schuld aber, zu deren Eintreibung das Gesetz bloss das Klagerecht versagt, gemäss § 1432 a. b. G. B. nicht zurückgefordert werden können. Für den Geltungskreis des Gesetzes vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., aber ist wohl die Giltigkeit des obligatorischen Schenkungsvertrages von der Aufnahme eines Notariatsactes über denselben bedingt, die Condicirung der trotz vorliegender Nullität des Versprechens erfolgten Leistung als Zahlung einer Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungiltig ist, nach eben diesem § 1432 a. b. G. B. ausgeschlossen. Da es zum Eigenthumserwerbe durch Tradition genügt, wenn auch nur eine subjectiv giltige causa traditionis vorliegt, so ist es erklärlich, dass auch in diesem letzteren Falle das Eigenthum der solvendi animo tradirten Sache auf den Donatar übergeht.

Die Ausschliessung der repetitio soluti ist also eine an den Thatbestand des formlosen Schenkungsversprechens zweifellos ¹⁾ sich anschliessende Rechtsfolge.

¹⁾ Pavliček (Zur Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung, S. 41) bezeichnet allerdings die Bestimmung des § 1432 a. b. G. B. als auf die Fälle des Gesetzes vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl. im Ganzen und Grossen nicht anwendbar; inwiefern er von dieser Regel im besonderen eine Ausnahme zu machen geneigt ist, ist nicht ersichtlich. Vgl. dagegen meinen Aufsatz in der

Nun entsteht aber sofort die Frage, ob demselben noch irgend welche weitere Wirkungen beizulegen sind und ob eventuell schon diese eine Wirkung die Annahme rechtfertigt, dass das unförmliche Schenkungsversprechen eine natürliche Verbindlichkeit zu dessen Erfüllung erzeuge. Hiebei auf das Wesen und die Bedeutung der Naturalobligation im österreichischen Rechte einzugehen, scheint mir unerlässlich; doch kann es selbstverständlich nicht meine Absicht sein, an dieser Stelle eine vollkommene Darstellung derselben zu geben, und ich muss und kann mich hier darauf beschränken, mit kurzen Worten jene Anschauungen zu entwickeln, welche ich in dieser Lehre für die richtige ansehe.

Während das preussische Recht ¹⁾ bekanntlich unvollkommene Rechte und natürliche Pflichten ausdrücklich anerkennt, ist unserem Gesetzbuche der Begriff der natürlichen Verbindlichkeit als solcher vollkommen fremd; wir müssen, um zu demselben zu gelangen,²⁾ auf synthetischem Wege vorgehen und hiebei untersuchen, in wie weit einzelne Verhältnisse als rechtlich relevante angesehen werden können und wesentlich übereinstimmende Wirkungen erzeugen.

Zeitschrift für das Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1879, Nr. 5 und 6, Krasnopolski in den Mittheilungen des deutschen Juristenvereines in Prag, X. (1878), S. 174. Randa, in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XXI. S. 379 u. ff.

¹⁾ Vgl. darüber Koch, Recht der Forderungen, I. S. 22 u. ff. Dernburg, II. S. 5 u. ff.

²⁾ Ueber die natürlichen Verbindlichkeiten des österreichischen Rechts vgl. Unger, II. S. 37, N. 24, S. 205, N. 13, S. 439, N. 10.

Als *sedes materiae* für unsere Frage ist bekanntlich der § 1432 a. b. G. B. anzusehen. Er hat Veranlassung gegeben, für das österreichische Recht ganz allgemein drei Gruppen von Naturalobligationen zu unterscheiden und zwar:

I. Schulden, zu deren Eintreibung das Gesetz bloss das Klagerecht versagt. Hieher gehören:

1. Nach § 943 a. b. G. B. das mündliche Schenkungsversprechen in jenen Gebieten, in welchen das Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., Wirksamkeit noch nicht erlangt hat;

2. gemäss der §§ 1271, 1272 a. b. G. B. die Verbindlichkeiten aus Spiel und Wette, wenn der Preis nicht wirklich entrichtet oder hinterlegt worden ist; ¹⁾

3. nach § 2 des Gesetzes vom 7. November 1862, Z. 85, R. G. Bl., die Veräusserung einer Gewinnsthoffnung, wenn nicht eine schriftliche Urkunde auf einem von der Finanzverwaltung hiezu nach dem gesetzlichen Formular ausgegebenen Blanquette ausgefertigt wurde;

4. nach § 2 des Gesetzes vom 19. Juli 1877, Z. 67,

Exner, Hypothekenrecht, S. 136. Hasenöhr1, I. S. 24 u. ff. Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung, I. S. 141 u. ff. Strohal in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, IX. S. 87. Hruza, Novation, S. 40—42 insbes. N. 1 und 2.

¹⁾ Hieher würde auch das Differenzgeschäft gehören, falls nicht § 13 des Börsengesetzes vom 1. April 1875, Z. 67 R. G. Bl. die Einwendung, dass dem Anspruche ein als Wette oder Spiel zu beurtheilendes Differenzgeschäft zu Grunde liegt, bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus Börsegeschäften als unstatthaft erklärt hätte.

R. G. Bl., im Gebiete von Galizien und Lodomerien, des Grossherzogthums Krakau und der Bukowina Forderungen an Gäste für die Verabreichung geistiger Getränke in Gast- oder Schankräumlichkeiten, wenn der Creditnehmer zur Zeit der Verabreichung eine frühere Schuld gleicher Art an denselben Gläubiger noch nicht bezahlt hat.

II. Schulden, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungiltig sind. Hieher gehören ausser dem Schulbeispiele unserer Commentatoren von dem formlos angeordneten Vermächtnisse ¹⁾ nunmehr gewiss auch die Fälle des Gesetzes vom 23. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl.²⁾

III. Verjährte Schulden.

Fragen wir nun nach den rechtlichen Wirkungen dieser Verhältnisse von obligatorischer Erscheinungsform, so ist vor allem eine allgemeine Bemerkung vorzuschicken. Die Redactoren unseres Gesetzbuches standen in dieser Frage allerdings im Wesentlichen auf dem Standpunkte der Theorie ihrer Zeit. Auch sie waren der Anschauung, dass es im Gegensatze zu den durch's positive Recht eingeführten Obligationen gewisse auf dem Naturrechte beruhende Verbindlichkeiten gebe, die zu ihrer Giltigkeit weder eines Gesetzes, noch auch der staatlichen Ordnung bedürfen und die selbst zu einer beschränkten oder unbeschränkten gerichtlichen Wirksamkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Anerkennung zu entbehren vermögen. Allein das Wort, das Dernburg ³⁾ zu-

¹⁾ Vgl. darüber Unger, II. S. 114, N. 7.

²⁾ Siehe meinen oben auf S. 158 N. 1 citirten Aufsatz, S. 29.

³⁾ II. S. 5.

nächst im Hinblick auf preussisches Recht ausspricht, dass Codificationen sich leicht ablehnend gegen die Naturalobligationen verhalten, bewahrheitet sich zur Gänze in dem österreichischen Rechte: die Redactoren haben der Theorie, welche ihnen zweifelsohne vorschwebte,¹⁾ bewusster oder unbewusster Weise keinen adäquaten Ausdruck gegeben, indem sie die natürliche Verbindlichkeit keineswegs als ein auf die gesetzliche Sanction nicht erst angewiesenes Institut ansahen. Es zeigt sich dies einmal in der Abweichung von dem bereits erwähnten preussischen Rechte, sodann in der Entstehungsgeschichte des § 1432 a. b. G. B.,²⁾ ferner darin, dass die Redactoren des Gesetz-

¹⁾ Es ist gewiss von Interesse, zu beachten, wie die in § 1432 a. b. G. B. enthaltenen Fälle der natürlichen Verbindlichkeit mit den Ausführungen von Weber (Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlicher Wirkung § 54. 4. Aufl., S. 172, 173) über die natürliche Verbindlichkeit im bürgerlichen Zustande und den dort entwickelten Kategorien (Versagung des Klagerechtes, verjährte Forderungen und formgebrechliche Verbindlichkeiten) merkwürdig übereinstimmen.

²⁾ Der Liebenswürdigkeit des Herrn Prof. Dr. Pfaff verdanke ich nachstehende Mittheilungen über die Codificationsgeschichte dieses Paragraphen. In der ersten Lesung erklärte Zeiller gelegentlich einer Erinnerung des Ostgalizischen Appellationsgerichtes in der Sitzung vom 15. September 1806 zu § 405 w. g. G. B. das Beispiel von übermässigen Zinsen als den Wuchergesetzen widersprechend für unstatthaft und formulirte demgemäss den § 405: »Zahlungen, zu deren Eintreibung das Gesetz bloss das Klagerecht versagt, können, wenn sie schon geleistet worden sind, nicht mehr zurückgefordert werden«, den zweiten Satz des § 405 w. g. G. B. mit Rücksicht darauf, dass er sich auch auf § 404 w. g. G. B. beziehe, zu einem eigenen Paragraphen machend. In der zweiten Lesung (Sitzung vom 14. December 1807) wurde das Beispiel (Spielschulden) gestrichen. In der dritten Lesung (Sitzung vom 28. December 1809)

buches die klaglose Verbindlichkeit als eine ungiltige ansehen, ja dass sie dieselbe gelegentlich für eine Nichtschuld erklären. Hieraus folgt nun wieder, dass nach österreichischem Rechte denn doch nicht an eine a priori bestehende Naturalobligation gedacht werden darf, deren Wirkungen nun etwa zu entwickeln wären, sondern dass erst aus den zunächst selbständig zu eruirenden unzweifelhaften Wirkungen eines bestimmten Verhältnisses von obligatorischer Structur auf das Vorhandensein einer sogenannten natürlichen Verbind-

bemerkte Prato bevera zu § 1431 a. b. G. B. »Dieser Paragraph dürfte, wie er dasteht (es fehlten nur die Worte: in der Regel) ohne nähere Einschränkung unendliche conditiones indebiti ex ignorantia iuris rege machen. Ein Erbe, der ex pietate einen von ihm eingesehenen unförmlichen letzten Willen, ein Paciscent der einen unförmlichen Vertrag vollzogen, ein Socius, der die ganze Schuld, ein Schuldner, der eine durch Verjährung erloschene Verbindlichkeit dennoch geleistet, und tausend Andere könnten eine ignorantiam iuris glaubwürdig allegiren. Der § 1412 gehe nur auf obligationes naturales, nicht aber auf obligationes civiliter invalidas, Movent wisse auch nicht, was von den erfüllten Verträgen des § 874 und anderen, die nur als ungiltig und nicht geradezu als verboten und unerlaubt erklärt werden, zu halten sei.« Er stellte daher den Antrag, nach § 1412 damaliger Zählung folgenden neuen Paragraphen einzuschalten: »Ein Irrthum kann die Zurückforderung nicht begründen, wenn die Zahlung aus einem bloss wegen Abgangs der Förmlichkeit ungiltigen Geschäft, oder wenn dem Zahler sonst die Verjährung zu Statten gekommen wäre, redlicher Weise geleistet worden. Sie findet aber statt, wenn das Geschäft an sich von den Gesetzen für ungiltig oder verboten erklärt worden, insofern das Gegebene nach besonderen Gesetzen oder dem Verschulden der Parteien nicht bloss von dem Fiscus allein zurückgefordert werden kann.« Mit Rücksicht auf diese Erinnerung beantragte Zeiller, die §§ 1411 und 1412 in einem einzigen, den gegenwärtigen § 1432 a. b. G. B. zu verbinden, was auch geschah.

lichkeit von, wenn auch nur beschränkter rechtlicher Wirksamkeit geschlossen werden darf.

Hält man an diesem für die Erkenntniss des Wesens und der Bedeutung der Naturalobligationen in einem concreten positiven Rechte, wie ich glaube, wichtigsten Grundsätze fest, so ist:

1. die eine Wirkung derselben, dass eine auch irrthümlich geschehene Zahlung nicht wieder rückgängig gemacht werden kann (Ausschliessung der *repetitio soluti*) im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen: die Naturalobligation des österreichischen Rechtes ist zahlbar.

2. Was von der Zahlung gilt, ist wohl auch von der Leistung an Zahlungsstatt anzunehmen,¹⁾ denn die *datio in solutum* ist nach meinem Dafürhalten Erfüllung der Obligation durch eine Leistung, welche kraft vorgängigen oder in *continenti* liegenden Parteiwillens Solutionscharakter erlangt hat.

3. Zur Compensation sind nach unserem Rechte »natürliche Verbindlichkeiten« nicht geeignet. Für Schankschulden ist dies im § 2 des Gesetzes vom 19. Juli 1877, Z. 67, R. G. Bl., ausdrücklich verfügt, es ergibt sich dies aber auch ganz allgemein aus § 1439 a. b. G. B., welcher zur Compensation eine richtige

¹⁾ Grawein a. a. O. S. 145. Hasenöhrle, I. S. 36. Auch Römer (Die Leistung an Zahlungsstatt, S. 31, 32), der sich über diese Frage nicht ausdrücklich äussert, erfordert zur Leistung an Zahlungsstatt nur eine solche Obligation, welche auch durch *solutio* im engeren Sinne, durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes selbst wirksam m. a. W. ohne dass das Geleistete *condicirt* werden kann, getilgt werden könnte.

Forderung verlangt, und insbesondere aus der Codificationsgeschichte des § 1440 a. b. G. B.¹⁾

4. Rücksichtlich der bisher erwähnten Punkte besteht in der Theorie Uebereinstimmung. Anders ist dies rücksichtlich der übrigen angeblichen Wirkungen einer Naturalobligation. Was zunächst die Wirksamkeit der Bestellung von Bürgen oder eines Pfandes anlangt, so wird für verjährte Forderungen daran festgehalten werden müssen, dass durch Verjährung zwar eine von der Geltendmachung des Verpflichteten bedingte, dann aber absolute Erlöschung der Obligation herbeigeführt wird: die verjährte Schuld kann sohin durch Pfand oder Bürgen wirksam nur dann versichert werden, wenn in dieser Versicherung eine giltige Anerkennung der Schuld, beziehungsweise ein Verzicht auf die vollendete Verjährung enthalten ist.²⁾ Betreffend formgebrechliche Schulden

¹⁾ In der dritten Lesung des § 1440 a. b. G. B. (Protokoll vom 28. December 1809) regte Prato bevera die Aufnahme einer Bestimmung an, »dass die obligatio naturalis zu compensiren nicht erlaubt sei.« Zeiller »fand dies nicht für nothwendig; denn erstens dürfte die Definition der obligatio naturalis schwer halten, und verstehe es sich nach den Grundsätzen der Compensation ohnedies, dass nur das compensirt werden könne, was Schuld ist.« Daher blieb es beim Text. Vgl. auch Zeiller, IV. S. 167. Kirchstetter, S. 673. Grawein, I. S. 147. Hasenöhr, I. S. 40.

²⁾ Uebereinstimmend Unger, II. S. 438. N. 8. Exner, Hypothekenrecht S. 137. Anderer Meinung Hasenöhr, I. S. 44 und Grawein, I. S. 157, 160 der im Anschlusse an Winiwarter, V. S. 7. durch die Verbürgung eine zwar giltige aber durch exceptio temporis entkräftbare Bürgschaftsschuld entstehen lässt und eine wirksame Verpfändung zwar zögernd aber denn doch zugibt. Aber der § 449 a. b. G. B. verlangt denn doch immer eine giltige Forderung und hiezu stimmt auch der § 1483 a. b. G. B., wonach nur der den

so sind diese ausdrücklich für ungiltig erklärt und es scheint mir unzulässig, denselben in einem weiteren Umfange Wirksamkeit beizumessen, als wozu das Gesetz uns drängt.¹⁾ Anlangend endlich klaglose Forderungen so ist der Verpfändung oder Verbürgung für eine Schankschuld in § 3 des Gesetzes vom 19. Juli 1877, Z. 67, R. G. Bl., die Giltigkeit abgesprochen: ich glaube dies aber auch für die anderen Fälle behaupten zu müssen, da Pfandrecht und Bürgschaft immer zu Recht bestehende Forderungen voraussetzen (§§ 449, 1351 a. b. G. B.).²⁾ Denn für das mündliche Schenkungsversprechen nach § 943 a. b. G. B. hätte die »wirkliche Uebergabe« keine Bedeutung, wenn auch die Uebergabe eines anderen Gegenstandes das Versprechen klagbar machen sollte, und auch bei Spiel und Wette kommt es dem Gesetzgeber offenbar darauf an, dass die Contrahenten gerade des Preises sich entäussern, da ja die Hervorhebung der Depositionsmöglichkeit sonst nicht verständlich wäre. Und gilt dies vom Pfande, welches immerhin die unmittelbare Hingabe

Werth des Pfandes übersteigende Betrag der Forderung durch Verjährung erlöschen soll: eine zwar ungenaue immerhin aber sehr bezeichnende Ausdrucksweise. Bezüglich der Verbürgung aber scheint mir Grawein zu übersehen, dass das, was durch die exceptio temporis entkräftet wird, nicht die Bürgschafts- sondern die Hauptschuld ist, dass also der Bürge, welcher dem Kläger die exceptio temporis entgegenhält, nicht seine eigene Verpflichtung erst entkräftet, sondern deren ursprünglich wirksames Zustandekommen bestreitet.

¹⁾ Exner, Hypothekenrecht, S. 137. Anderer Meinung Hasenöhrle, I. S. 43.

²⁾ Zeiller, IV. S. 16. Nippel, VIII. 1. S. 262, Anderer Meinung bezüglich der Bürgschaft Stubenrauch, III. S. 446 und bezüglich Bürgschaft und Pfand Hasenöhrle, I. S. 42, 43.

eines Vermögensstückes enthält, so muss dies von der Bürgschaft gewiss desto entschiedener zu behaupten sein.

5. In ähnlicher Weise ist die Frage nach der Giltigkeit der Novation einer natürlichen Verbindlichkeit zu beantworten.¹⁾ Bei verjährten Schulden ist sie also wirksam, insoweit sie eine Anerkennung der Schuld, bei solchen Forderungen, die nur Mangels Beobachtung einer Förmlichkeit ungiltig sind,²⁾ insoweit sie eine Sanirung dieses Mangels enthält, also insofern die Nachholung der Form möglich ist und erfolgt. Bei klaglosen Verbindlichkeiten ist sie aber m. E. vollkommen wirkungslos, da die Zulassung einer verbindlichen Novation mit der Absicht des die Klaglosigkeit normirenden Gesetzgebers vollkommen unvereinbar wäre, wie dies auch aus § 5 des Gesetzes vom 19. Juli 1877, Z. 77, R. G. Bl., erhellt.

Somit kann ich meine bisherigen Ausführungen dahin resumiren:

1. Es ist gewiss richtig, dass nach unserem Rechte jede der verschiedenen Gruppen der sogen. natürlichen Verbindlichkeiten in selbständiger Untersuchung erforscht werden muss,³⁾ allein es scheint mir das Re-

¹⁾ Hasenöhrle, I. S. 36, 37. Hruza, S. 40, 41.

²⁾ Mit Forderungen, die aus Mangel der Förmlichkeit ungiltig sind, ist die aus einer einseitig gemachten Leistung erwachsende *condictio sine causa* (siehe hierüber meinen Aufsatz in der Notariatszeitung, 1879, Nr. 5 und 6 und Krasnopolski in den Mittheilungen des deutschen Juristenvereines, 1878, S. 174) nicht zu verwechseln: dieser Anspruch kann novirt, durch Pfand und Bürgschaft versichert, sowie compensationsweise geltend gemacht werden.

³⁾ Krasnopolski in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XXIII. S. 362, 363.

sultat dieser Untersuchung denn doch nicht nur nach der negativen, sondern auch nach der positiven Seite hin ein einheitliches zu sein: die den behandelten obligatorischen Verhältnissen ¹⁾ gemeinsame und einzig zukommende Wirkung besteht in der Ausschliessung der Rückforderung alles dessen, was Zahlung ist.

2. Diese Ausschliessung ist zurückzuführen in materieller Beziehung auf die Abneigung des Gesetzgebers gegen die Revocirung von Vermögensübertragungen, welche dem Willen der Contrahenten entsprechend, von dem Gesetze nicht etwa aus Gründen der Politik oder Rechtsdisciplin perhorrescirt werden; in formeller Beziehung darauf, dass nicht die Rückforderung, sondern die Endgiltigkeit einer einmal effectuirtten Leistung das Naturgemässe ist und dass auch in der Rechtswelt ein ausreichender Grund immer zu einer angestrebten Veränderung erfordert wird.

3. In juristisch constructiver Beziehung gilt für die Naturalobligation des österreichischen Rechts die von Christiansen ²⁾ aufgestellte in der Literatur des

¹⁾ Ausser diesen will Strohal (a. a. O.) naturale Obligationen auch aus Verabredungen zur Unterstützung derjenigen, die bei einer Arbeitseinstellung ausharren (Gesetz vom 7. April 1870, Z. 43, R. G. Bl.) entstehen und übrig bleiben lassen, insoweit ein Schuldner durch Zwangsausgleich von der Zahlungsverpflichtung befreit worden ist. Allein in dem letzteren Falle ist die Rückforderung der irrthümlich erfolgten nachträglichen Leistung des Ausfalles keineswegs ausgeschlossen und der in den Vortheilen der Wiederbefähigung allenfalls gelegene Zwang zur Annahme einer Naturalobligation nicht genügend und im ersteren Falle scheint mir äusserstens ein Anwendungsfall des § 1174 und nicht des § 1432 a. b. G. B. vorzuliegen.

²⁾ Zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti insbes. S. 8 u. ff. Vgl, darüber Schwanert, Die Naturalobligationen des römischen Rechts, S. 62 u. ff.

gemeinen Rechts aber unbeachtet gebliebene Theorie: es kommt die natürliche Verbindlichkeit unseres Rechtes stets nur als eine **erfüllte und nicht** als eine erst zu erfüllende in Betracht; sie erscheint nur als *justa causa solutionis* und enthält keineswegs eine Spannung auf Erfüllung.

4. Frägt man aber nun darnach, ob in dem geschilderten Verhältnisse auch wirklich eine natürliche Verbindlichkeit zu erblicken ist, so steht man eigentlich vor einer Frage der juristischen Terminologie. Erwägt man, dass diese Thatbestände, weil sie nicht nur kein rechtliches Muss, sondern auch nicht einmal ein rechtliches Soll in sich schliessen, überhaupt des Inhaltes einer Obligation entbehren, indem das Gesetz nichts weiter thut, als dass es die eventuell zwangsweise Correctur einer von den Parteien so gewollten Veränderung in der Rechtswelt ablehnt, und dass die Ausschliessung der *repetitio soluti* an sich nicht geeignet ist, die Annahme einer obligatorischen Gebundenheit zu rechtfertigen,¹⁾ so ist jene Frage allerdings zu verneinen; hält man aber an dieser Erkenntniss fest, so mag man diese Thatbestände, welche für eine *datio*, die nicht *donatio* ist, einen genügenden Rechtsgrund abgeben, immerhin der Einfachheit wegen Naturalobligationen nennen: doch sind es freilich weder Obligationen überhaupt, noch auch Naturalobligationen im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie.

¹⁾ Schwanert o. a. O. S. 189. Siehe auch die Bestimmungen des § 1174 a. b. G. B. in welchem von einer Naturalobligation gewiss nicht die Rede sein kann.

Kehre ich nun wieder zum Ausgangspunkte dieser Untersuchung, zu der Frage nach den Wirkungen eines formlosen Schenkungsversprechens zurück, so erscheint die Antwort hierauf auch bereits ertheilt: von der Ausschliessung der *condictio indebiti* abgesehen, kommt demselben eine weitere Bedeutung nicht zu, es kann weder einredeweise geltend gemacht werden, noch auch für Bürgschaft, Pfand oder Novation eine genügende Grundlage abgeben, ist also, wenn auch nur aus Mangel der Förmlichkeiten, so doch ungiltig.

Zum Schlusse ist nun auch wohl ein Wort der Kritik unserer Gesetzgebung nicht ganz unangemessen. Es kann aber dieses Urtheil ein zustimmendes nicht sein. Hat schon diese Untersuchung durch die nicht unbedeutende Anzahl von Controversen, in welchen Stellung zu nehmen sie genöthigt war, dargethan, wie unser Gesetz in einer Richtung, in welcher Klarheit doppelt geboten war, dieses Erfordernisses gänzlich ermangelt, und wie auch das Gesetz vom 25. Juli 1871, Z. 76, R. G. Bl., die schon aus § 943 a. b. G. B. erwachsenen Zweifel und Schwierigkeiten nicht beseitigt, sondern vielmehr novirt hat,¹⁾ so ist auch der gegenwärtige Rechtszustand, wie ich denselben auffassen zu sollen glaube, kein befriedigender. Denn es

¹⁾ Dass gelegentlich der Berathungen dieses Gesetzes trotz der Warnung Ungers weder im Abgeordnetenhouse noch im Herrenhouse die Schwächen desselben Beachtung fanden, ist darauf zurückzuführen, dass das Hauptinteresse der Verhandlungen sich auf den § 2 der Regierungsvorlage concentrirte, welcher das Erforderniss der Legalisirung der Unterschriften auf Tabularurkunden aufstellte. Bekanntlich wurde dieser § 2 aber abgelehnt und der Legalisirungszwang erst später in § 31 a. G. G. zum Gesetze erhoben.

kann gegen denselben immerhin das Bedenken erhoben werden, dass in einer ganzen Reihe von Fällen die Schenkung selbst bedeutender Werthe in mündlicher Rede unwiderruflich (§ 946 a. b. G. B.) vor sich gehen kann und dass die sofortige Vollziehung derselben, selbst wo sie in einer unmittelbaren Uebertragung nicht nur des Rechtes, sondern auch des äusseren Gegenstandes, an welchem das Recht haftet, besteht, eine genügende Garantie gegen Uebereilung und Vergabung im Affecte nicht gewährt. Meines Erachtens würde sich eine gesetzliche Regelung der Formerfordernisse der Schenkung dahin empfehlen, dass Schenkungsverträge überhaupt und ganz allgemein der notariellen Errichtung bedürfen und dass hievon eine Ausnahme nur für die sogenannten Gelegenheitsgeschenke im üblichen Umfange, und für solche durch Uebergabe im Sinne der §§ 426, 429 a. b. G. B. realisirte Sachschenkungen zu machen wäre, deren Werth einen bestimmten, mässig anzusetzenden Betrag nicht übersteigt.¹⁾ Die Folge der Nichtbeachtung der Förmlichkeit wäre Ungiltigkeit; die irrthümlich effectuirtete Leistung könnte während einer bestimmten sechs Monate nicht übersteigenden Frist ohne Angabe von Gründen widerrufen werden.

¹⁾ Vgl. auch Völderndorff, Die Form der Rechtsgeschäfte, S. 56. Es ist gewiss richtig, dass die Fixirung einer gewissen Summe, bis zu welcher die Schenkung der Förmlichkeit nicht unterworfen ist, irrationell erscheinen mag, »weil dieselbe Summe für den Einen ein Bagatell, für den Andern etwas sehr bedeutendes ist«; allein wie man sich im Civilprocesse mit Recht über dieses Bedenken hinweggesetzt hat, so wird auch in dieser Frage nichts anders erübrigen, wenn man Sicherheit mit Praktikabilität vereinigen will.

Verlag von Leuschner & Lubensky

k. k. Univers.-Buchhandlung in Graz.

Bischoff, Prof. Dr. Ferd., **Steiermärkisches Landrecht**
des Mittelalters. 8^o. 15 Bogen. Preis fl. 3 = M. 6.—

Demelius, Prof. Dr. G., **Die Confessio im römischen**
Civilprocess und das gerichtliche Geständniss der
neuesten Processgesetzgebung. 8^o, 26 Bogen.

Preis fl. 5.— = M. 8.60

— **Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das**
classische und heutige Recht. 8^o. 18 Bogen.

Preis fl. 3.50 = M. 6.—

Grawein, Dr. Alex., **Die Perfection des Acceptes.**
8^o. 11 Bogen.

Preis fl. 2.— = M. 4.—

v. Lisst, Dr. F. E., **Die falsche Aussage vor Gericht**
oder öffentlicher Behörde nach deutschem und
österreichischem Recht. 8^o. 16 Bogen.

Preis fl. 2.60 = M. 4.80

Luschin, Dr. Arnold, **Die Entstehungszeit des öster-**
reichischen Landesrechtes. 4^o. 7 Bogen.

Preis 80 kr. = M. 1.60

Maassen, Prof. Dr. Friedr., **Geschichte der Quellen**
und der Literatur des canonischen Rechts im
Abendlande bis zum Ausgange des Mittelalters.
I. Band. 8^o. 62 Bogen. Preis fl. 11.50 = M. 20.—

— **Unser Eherecht und das Staatsgrundgesetz.** 8^o.
3 Bogen.

Preis 50 kr. = M. 1.—

Freiherr v. Myrbach, Dr. Franz, Die Uebertretung
der Zinsverheimlichung nach österreichischer
Gesetzgebung. 8^o. 9 Bogen.

Preis fl. 1.60 = M. 3 20

Pfersche, Dr. Emil, Methodik der Privatrechtswissen-
schaft. 8^o. 6 Bogen.

Preis 80 kr. = M. 1.60

— Zur Lehre vom sogenannten error in substantia.
8^o, 7 Bogen.

Preis fl. 1.60 = M. 3.20

Schimkowsky, Dr. Julius, k. k. Notar, Die Rechts-
grundsätze der Entscheidungen des k. k. obersten
Gerichtshofes zum allgemeinen österreichischen
bürgerlichen Gesetzbuche. 8^o. 46 Bogen.

Preis fl. 1.40 = M. 2.80

Strohal, Prof. Dr. Emil, Die Prioritäts-Abtretung nach
heutigem Grundbuchrecht. 8^o. 7 Bogen.

Preis fl. 1.60 = M. 3.20

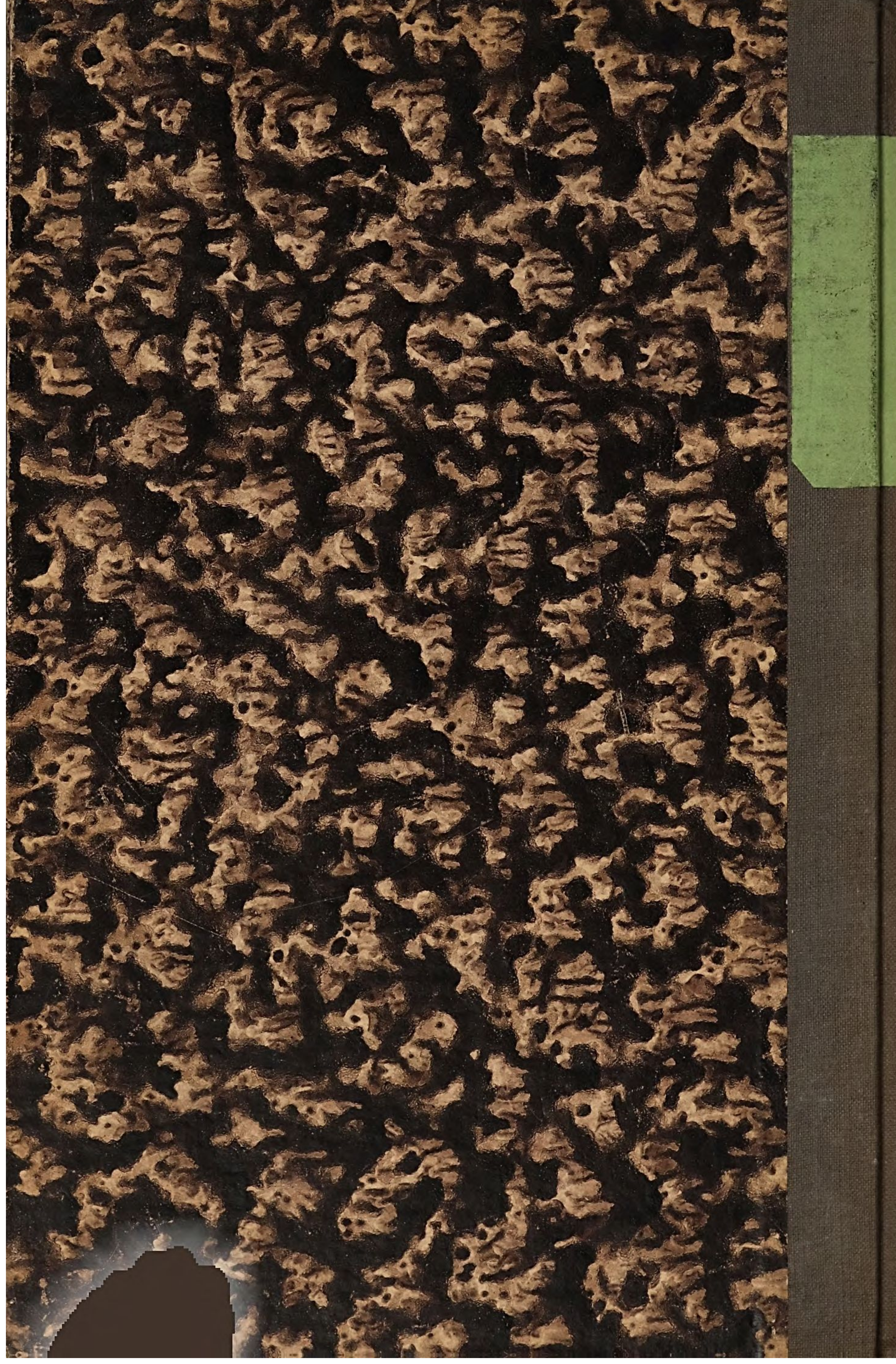
— Transmission pendente condicione. 8^o. 13 Bogen.

Preis fl. 2.60 = M. 5.—

— Zur Lehre vom Eigenthum an Immobilien. 8^o.
11 Bogen.

Preis fl. 1.80 = M. 3.60.





Frankl, Otto,

Die Formerfordernisse der Schenkung nach österreichischem Rechte

Graz 1883

J.austr. 12 pr

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11632200-8